CRIMINAL LAW

investigative tests

Working Paper 34

Canada

INVESTIGATIVE TESTS

Available by mail free of charge from

Law Reform Commission of Canada
130 Albert St., 7th Floor
Ottawa, Canada
K1A 0L6

or

Suite 310
Place du Canada
Montréal, Québec
H3B 2N2

©Minister of Supply and Services Canada 1984
Catalogue No. J32-1/34-1984
ISBN 0-662-53039-X

Law Reform Commission
of Canada

Working Paper 34

INVESTIGATIVE TESTS

1984

Notice

This Working Paper presents the views of the Commission at this time. The Commission's final views will be presented later in its Report to the Minister of Justice and Parliament, when the Commission has taken into account comments received in the meantime from the public.

The Commission would be grateful, therefore, if all comments could be sent in writing to:

Secretary
Law Reform Commission of Canada
130 Albert Street
Ottawa, Canada
K1A 0L6

Commission

Mr. Justice Allen M. Linden, President
Professor Jacques Fortin, Vice-President
Ms. Louise Lemelin, Q.C., Commissioner
Mr. Alan D. Reid, Q.C., Commissioner
Mr. Joseph Maingot, Q.C., Commissioner

Secretary

Jean Côté, B.A., B.Ph., LL.B.

Co-ordinator, Criminal Procedure

Calvin A. Becker, B.A., LL.B., LL.M., Ph.D.

Principal Consultant

Marc Schiffer, LL.B., LL.M., S.J.D., Ph.D.

Commission

Mr. Justice Allen M. Linden, President
Professor Jacques Fortin, Vice-President
Ms. Louise Lemelin, Q.C., Commissioner
Mr. Alan D. Reid, Q.C., Commissioner
Mr. Joseph Maingot, Q.C., Commissioner

Secretary

Jean Côté, B.A., B.Ph., LL.B.

Co-ordinator, Criminal Procedure

Calvin A. Becker, B.A., LL.B., LL.M., Ph.D.

Principal Consultant

Marc Schiffer, LL.B., LL.M., S.J.D., Ph.D.

Table of Contents

I. INTRODUCTION 1

II. TYPES OF INVESTIGATIVE TESTS 5

A. Passive Acquiescence Tests 5

(1) Simple Body Inspection Tests 6
(a) Lineups and Showups 6
(b) Examination for Peculiar Marks 7
(c) Medical Examination 7
(d) Photography 8
(e) Fingerprinting 8
(f) Dental Impressions 8
(g) Physical Measurements 8
(2) External Substance Removal Tests 9
(a) Gunshot Residue Tests 9
(b) Hair Examination 10
(c) Fingernail Scrapings 11
(d) Skin Washings 11
(3) Internal Substance Removal Tests 11
(a) Blood Tests 12
(b) Saliva Samples 12
(c) Urine Samples 12
(d) Semen Samples 13
(4) Tests in Which Substances Are Administered 13
(a) Narcoanalysis 13
(b) Administration of Other Drugs 13

B. Tests That Require the Active Participation of the Subject 14

(1) Physical Performance Tests 14
(2) Handwriting Comparison 14

(3) Breathalyzer Test 15
(4) Polygraph Examination 16
(5) Spectrographic Analysis 17
(6) Psychiatric Examination 17
(7) Hypnosis 19

III. EVIDENTIARY USES OF INVESTIGATIVE TEST RESULTS 21

A. Physical Evidence of Identity 21

(1) The Nature of the Clue 22
(2) The Procedure Employed in the Analysis 24
(3) The Circumstances of the Case 27

B. Eyewitness Evidence of Identity 27

C. Physical Evidence of Criminal Conduct 29

D. Lay Opinion Evidence of Criminal Conduct 30

E. Confessions 32

F. Inculpatory Statements Admissible for Other Purposes 34

G. Leads 35

H. Expert Evidence of Disposition/Identity 36

I. Expert Evidence to Counter Defences 38

J. Expert Evidence Damaging Credibility 39

K. Physical Evidence to Counter Defences 41

IV. THE LAW APPLICABLE TO THE ADMINISTRATION OF INVESTIGATIVE TESTS 43

A. Criminal Procedure 43

(1) Statutory Provisions 43
(2) The Common Law 45

B. Liability for Conducting Investigative Tests 50

(1) Statutory Provisions 50
(2) Evidentiary Consequences 51

C. The Canadian Charter of Rights and Freedoms 52

(1) Protection against Self-Incrimination 53
(2) Security of the Person 55
(3) Unreasonable Search or Seizure 55
(4) Cruel and Unusual Treatment or Punishment 56

D. Penal Consequences of the Accused's or Suspect's Failure to Co-operate 56

E. Evidentiary Consequences of the Accused's or Suspect's Failure to Co-operate 57

V. ISSUES AND GUIDELINES FOR THE STATUTORY REGULATION OF INVESTIGATIVE TESTS 61

A. Prohibited Investigative Tests? 61

B. Grounds for Investigative Testing 62

C. Procedural Safeguards 65

(1) Warnings 65
(2) Maximum Privacy 66
(3) Qualified Personnel 66
(4) The Presence of Counsel 66
(5) The Presence of One's Own Physician 66
(6) Additional Optional Tests 67
(7) Independent Sample Analysis 67
(8) Destruction of Records and Samples 68

D. The Consequence of Violation of Procedural Requirements 69

E. Ensuring the Subject's Co-operation 70

F. Liability of Persons Conducting Investigative Tests 72

G. Liability for Failure to Conduct Investigative Tests 73

H. Alcohol, Drugs and Driving Offences — Special Considerations 73

(1) The Problem 74
(2) The Alternatives 75
(a) Expanding the Category of Body Substances That May Be Required 75
(b) Methods of Enforcement 78

I. Our Recommendations 81

(1) General 81
(a) Definitions 81
(b) Procedure 84
(2) Alcohol, Drugs and Driving Offences 88
(3) Safeguards 93

ENDNOTES 97

BIBLIOGRAPHY 159

I.

Introduction

In its recent policy document on *The Criminal Law in Canadian Society*,[1] the Government of Canada has articulated several principles which are intended to serve as guidelines for the future development of criminal law and procedure in this country. One of those principles is that "the criminal law should provide and clearly define powers necessary to facilitate the conduct of criminal investigations ... without unreasonably or arbitrarily interfering with individual rights and freedoms...."[2] Another principle is that "in order to ensure equality of treatment and accountability, discretion at critical points of the criminal justice process should be governed by appropriate controls...."[3] A third principle is that "the criminal law should ... clearly and accessibly set forth the rights of persons whose liberty is put directly at risk through the criminal law process...."[4] The ideas embodied by these principles are ones that have long been held by the Law Reform Commission of Canada. Accordingly, this Working Paper is directed toward the rational and comprehensive statutory regulation of one aspect of criminal investigations, namely "investigative test" procedures. It will examine the current provisions of the *Criminal Code*[5] and other relevant federal legislation, as well as the relevant case law, in an effort to determine: (a) the current state of the law pertaining to the use of investigative tests; (b) whether the present law shows a fair, logical and uniform policy in operation; and (c) the extent to which the law ought to be modified by statute. In dealing with this last issue, the object will be to strike what the Government has called a "balance between individual liberties and the provision of adequate powers for the state to allow for effective crime prevention and control...."[6]

Before embarking on this difficult task, it is best perhaps to define clearly at the outset what exactly we mean when we refer to

"investigative tests." In their broadest sense, investigative tests may be thought of as procedures of a more or less scientific nature aimed at gathering "evidence" (or, perhaps more accurately, information that may ultimately be used at trial to establish guilt) in a criminal case. Essentially, they may be of three types. One type involves the gathering of evidence from the scene of the crime, and would include procedures such as dusting for fingerprints, making casts of footprints, and so forth. Another type involves the gathering of evidence from the victim or from witnesses, and would include such procedures as: medical examination in cases of assault; autopsy; hypnosis or narcoanalysis for the purpose of refreshing the memory, and so forth. A third type involves the gathering of evidence directly from the suspect or accused. It is with this type that we are primarily concerned. Such procedures, although they may be identical or complementary to those referred to above, have traditionally received special consideration in Anglo-North American jurisprudence insofar as they are inextricably bound to general concepts of fairness to the accused and the rights of the individual.[7]

Some scientific investigative procedures, although in a sense they involve the obtaining of evidence "from" the accused, may be used to ascertain whether the accused can be linked to the offence without necessarily interfering in any way with his or her privacy or physical or mental integrity. In one Canadian case,[8] for example, where the accused had been charged with murder and the prosecution's theory was that he had kicked the victim to death, blood and hair samples found on the accused's boots were analyzed and found to be similar to those of the deceased.[9] In a situation such as this, despite the potentially damaging nature of the evidence obtained through investigative test procedures (and despite possible objections as to its scientific reliability), it is submitted that the non-intrusive character of the procedure employed *vis-à-vis* the accused (namely, the borrowing of the accused's boots for laboratory analysis) would save it from most criticism based on concepts of "conscience and human dignity ..."[10] and the "inherent cruelty of compelling a man to expose his own guilt ...."[11]

For the purposes of this Working Paper, we are concerned with those investigative tests that either require some form of participation on the accused's or suspect's part, or constitute an intrusive interference with his or her physical or mental integrity.

Although some overlap is inevitable, we are not concerned with the type of procedure dealt with in our recent Working Paper on Search and Seizure.[12] For the time being, therefore, we may begin by defining the term "investigative test" very broadly as:

> any procedure (excluding simple interrogation, surveillance, the search of a place and the search of the person for concealed or foreign objects or substances) whereby a person in authority or any agent of such person endeavours to obtain or record from a person suspected or accused of having committed a criminal offence, information concerning or an exhibition of:
>
> (a) the physical or mental characteristics of that suspected or accused person;
>
> (b) the offence in question; or
>
> (c) the location of possible evidence relating to the offence in question.

We hasten to point out that this is a preliminary and comprehensive working definition distinct from the greatly modified statutory definition that will be proposed in Part V of this Working Paper as the result of the analysis that follows.

II.

Types of Investigative Tests

Before we consider the various legal issues related to the regulation of investigative tests, it is important to have at least a superficial understanding of the actual techniques involved. This part will therefore deal with the various types of investigative tests that may be conducted by police officers, medical personnel or other trained individuals in the employ of the State. While the techniques used in some procedures will be self-evident, many will be explored in some detail in order that (a) the possible evidentiary implications of such procedures will become apparent; (b) the possible application of tort law and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*[13] may later be considered; and (c) an appropriate scheme for regulation may ultimately be devised.

While there are numerous ways in which investigative tests of the type covered by Part I's definition might be classified, it is most useful for our purposes to begin by dividing such tests into two broad categories: (1) tests that merely require the subject's passive acquiescence; and (2) tests that require the active participation of the accused. Since some tests (for example, identification lineups) might initially seem difficult to classify, we should define active participation tests as those that require participation beyond that which can be achieved through the use of reasonable physical force.

A. Passive Acquiescence Tests

Many investigative test procedures require very little of the subject beyond his or her lack of resistance. The subject is not asked to "do" anything, but is required to submit to having

something "done" to him or her. Such tests may be separated into four subcategories: (1) tests that involve inspection of the subject's body or its characteristics; (2) tests that involve the removal of substances from the exterior of the subject's body; (3) tests aimed at removal of substances from the interior of the subject's body; and (4) tests that involve the administration of substances to the subject. Although at first glance these classifications might appear to represent an ascending hierarchy of "intrusiveness," this may not necessarily be the case. Some tests that would clearly fall into group 1, for example, may be viewed by some subjects as more intrusive than others that would clearly fall into group 3. Simple examination of the naked body, for instance, might be considered an embarrassing or humiliating invasion of physical privacy and might therefore be more objectionable to some individuals than the taking of a blood sample. The same might hold true for fingerprinting and other "routine" identification procedures. As the Victorian Chief Justice's Committee remarked with regard to fingerprinting, photographing and the like: "There is a certain embarrassment and indignity involved in these procedures, to which a person ... should not be exposed unless there is some overriding necessity."[14] The Australian Law Reform Commission has similarly stated: "There is, for better or worse, an aura of real criminality about having one's fingerprints or photograph compulsorily taken."[15]

(1) Simple Body Inspection Tests

As the Indian Law Institute has succinctly noted:

> At times it may be necessary to require the accused to exhibit his body. For this purpose he may be asked to disrobe so that certain marks, scars, or wounds can be seen. It may also be necessary to require him to appear at an identification parade, to wear a particular apparel, to grow a beard, [or] to remove various disguising effects from his body....[16]

This inventory is not exhaustive. Below are described the more common simple body inspection tests in current use.

(a) Lineups and Showups

Although there are numerous cases dealing with the circumstances in which a particular lineup or showup procedure may be unfair, the basic procedures of such identification methods are

quite straightforward in terms of what is required of the accused. As Yarmey has summarized it:

> A lineup usually consists of a suspect standing among a group of five to nine persons out of whom witnesses attempt to pick the guilty individual. This procedure differs from the showup, ... in which the witness confronts the suspect in a one-to-one situation.[17]

In the course of an identification lineup, subjects may be required to wear[18] (or not wear[19]) certain clothing, eyeglasses,[20] and so forth.

(b) Examination for Peculiar Marks

Inspection of an accused's or suspect's body may reveal any number of physicial characteristics that potentially connect him or her to the offence involved. Identifying features such as scars, birth marks, tattoos,[21] wounds,[22] needle marks,[23] and so forth, may be revealed by simple examination of the subject's body by police officers or medical personnel.

(c) Medical Examination

Examination of the accused by a trained physician may be useful in detecting (or ruling out) symptoms of illness, injury, intoxication, drug or alcohol addiction, and so forth. In the course of such examination, procedures such as the taking of the subject's pulse, heart rate and blood pressure, pupil examination, X-rays, flouroscopy, and so forth, would clearly fall within the category of body inspection tests. (Medical examination procedures that involve the taking of substances from the body will be discussed *infra*). Note that some procedures in this category may involve inspection of the unclad body of the subject, including his or her private parts.[24] In cases where a suspect has been apprehended soon after a sexual assault has been committed, for example, examination of the suspect's genitals may reveal physical evidence consistent with the suspect's having committed such offence. Injury to the genitals, for example, may be consistent with forced intercourse.[25] Note also that other medical procedures in this category, such as the taking of X-rays and flouroscopic pictures, may involve an element of risk or entail the possibility of adverse side-effects in some instances.

(d) Photography

Photography of accused persons is specifically provided for in P.C. 1954-1109 under the *Identification of Criminals Act*.[26] The procedure is self-explanatory and need not be described here.

(e) Fingerprinting

The standard procedure for taking fingerprints from an accused person or criminal suspect is fairly simple. It consists in applying the top bulbs of each of the subject's fingers individually to an ink pad, and then pressing them with a "smooth, firm rolling motion" onto a file card.[27] Once the "actual" prints have been taken in this fashion, they may be compared with "latent" prints found at the scene of the crime, or on weapons, vehicles or other objects relating to the offence in question.[28] Palmprints, soleprints and toeprints may be taken from subjects and compared with latent prints in much the same manner as fingerprints.[29]

(f) Dental Impressions

As in the case of fingerprints, the analysis and comparison of a suspect's dental impressions with bite marks can be quite a complex and sophisticated procedure.[30] Again, however, the actual taking of dental impressions, like the taking of fingerprints, is fairly straightforward. It involves the (painless) placing of certain materials in the subject's mouth for a short period of time.[31] In bite mark identification cases, the taking of dental impressions may be supplemented by photography of the suspect's teeth and the taking of saliva and/or blood samples.[32] Bite impressions themselves may be taken by simply asking the subject to bite into any one of a variety of substances.[33]

(g) Physical Measurements

As New Zealand's Criminal Law Reform Committee has noted, physical measurements may be relevant for identification purposes insofar as they can be related to such things as footprints or clothing found at the scene of the crime.[34] The Bertillon Signaletic System, specifically approved of in section 2 of the *Identification of Criminals Act*,[35] was developed in France in the late 1800s and consisted in the taking of five measurements from a subject: skull; feet; forearms; middle fingers and ears.[36] England

and other western countries adopted this procedure for a time but, as noted by Bouck J. in the case of *R.* v. *A.N.*,[37] "flaws soon became apparent and most countries then switched to fingerprinting...."

(2) External Substance Removal Tests

It is obvious that simple body inspection tests will not in all cases be appropriate or sufficient methods for obtaining necessary evidence. As the Indian Law Institute has observed, "[s]ometimes to identify the accused, it may be necessary to take into custody incriminating evidence from his person...."[38] Below are described some of the more common procedures that involve the removal of substances from the external person of the subject.

(a) Gunshot Residue Tests

Several tests have been developed for the purpose of ascertaining whether the suspect in an offence involving the discharge of a firearm has recently fired a gun. One of the older methods is the dermal nitrate or paraffin test. This procedure involves the application of two layers of hot paraffin, separated by a layer of cotton, to the skin of the subject's hands. In this manner, molds are taken which will contain any residues present on the subject's skin.[39] Diphenylamine in a concentrated solution of sulphuric acid is then applied, which will react with any nitrate deposits by turning blue.[40] As Moenssens and Inbau have noted, "[t]he theory behind the test was that the results established the presence of particles of nitrates or nitrites, deposited on the hand by the gases of a discharged cartridge."[41] As they have also pointed out, however:

> The flaw in this theory was ... that similar reactions could result from the presence of other, innocently acquired substances containing nitrates or nitrites, as was disclosed by controls conducted in various criminalistics laboratories.[42]

While more reliable and specific variations of the dermal nitrate test have been developed,[43] along with several other methods for detecting gunpowder residues,[44] none of the standard techniques has received more attention than the combination of neutron activation analysis for quantitative analysis of barium and antimony traces and atomic absorption spectrophotometry for

quantitative analysis of lead traces.[45] Though it is not important for our present purposes to detail the complexities of these procedures, a word or two about sample collection is in order. In this regard it should be noted that there are four basic methods for obtaining skin residue samples from the hands of suspects. One rather unsatisfactory method involves the "lifting" of the samples through the use of films or casts. In addition to paraffin (mentioned previously), substances such as collodion or cellulose acetate may be used.[46] A second technique involves the use of swabs moistenened with hydrochloric or nitric acid. A third and highly satisfactory method involves actual washing of the subject's hand in either water or dilute nitric acid. As Canadian forensic scientist S. S. Krishnan has explained:

> The washing can be done with a plastic squeeze bottle or by dipping the hand into a bag containing the liquid. The residue appears to be mechanically removed by the water or dilute nitric acid, which are comparable in effect (removal of more than 80 percent and 95 percent, respectively). Nitric acid aids in getting the trace elements into solution for further chemical analysis. The advantage of this method is its simplicity. It takes less than a minute to complete and therefore provides little opportunity for contamination.[47]

Fourth and finally is the technique of lifting residue samples with adhesive tape. This is not, apparently, a widely-accepted procedure, and its effectiveness has not been thoroughly studied.[48]

(b) Hair Examination

There are two methods by which hair samples are currently compared by forensic scientists: microscopic examination and neutron activation analysis. Microscopic examination is a subjective technique in which the observer notes the similarities and differences in the hair samples with reference to such characteristics as: colour, texture, curliness, damage, scale appearance and variation, pigment density and distribution, medullation, the presence of air bubbles, banding, scale count, the presence of residues, and so on.[49] Neutron activation analysis is an objective technique in which the sample hair is bombarded with neutrons in order that the micro-quantities of trace elements present (for example, copper, gold, manganese, sodium, and so on) may be calibrated to several decimal points.[50] Regardless of which method is used, the methods by which hair samples may be taken from the

subject are quite simple and straightforward. Vigorous combing is generally all that is required.[51]

(c) Fingernail Scrapings

This procedure is self-explanatory. It involves the removal of matter from beneath the subject's fingernails with a suitable instrument for the purpose of laboratory analysis.

(d) Skin Washings

Various substances may be washed from the surface of the skin for laboratory analysis. Penile washing, for example, may be performed in cases where a suspect has been apprehended very soon after a sexual assault has been committed. As Zumwalt and Petty have explained:

> Penile washings to determine recent sexual activity may help in identifying possible suspects. In this test the suspect's penis is washed with saline, and the material is treated with Papanicolaou's stain. Cells consistent with vaginal and cervical cell populations and Barr body identification suggest recent intercourse.[52]

(3) Internal Substance Removal Tests

This type of test is generally thought of as "medical" in nature insofar as most tests that fall into this category constitute procedures that, although sometimes adopted for investigative forensic purposes, are commonly performed by trained medical personnel for diagnostic or therapeutic purposes. As the Indian Law Institute has summarized:

> Medical tests to secure evidence from within the body of the accused may take various forms, for example, examination to determine pregnancy, recent child birth, or presence of venereal disease, blood or urine test to determine intoxication.... It may also be necessary to puncture the skin or perform such other acts which may be painful or harmful (if not done under competent medical supervision) to the body.[53]

This list, once again, is not exhaustive. Below are set out some of the more common procedures that involve the removal of substances from inside the body of the subject.

(a) Blood Tests

Blood samples are taken from a subject either by puncture of a vein[54] (usually the cubital vein in the arm)[55] or from capillaries (usually in the fingertip, sometimes in the earlobe).[56] The amount of blood required may vary depending on the type of test contemplated. Where, for example, drug and alcohol analysis is to be done, Bear has suggested that 10 c.c. should be obtained.[57] However, a fraction of this amount should be adequate for the purpose of blood typing only.[58]

The presence and proportion (if any) of alcohol in a given sample of blood may be quite reliably and accurately determined through the use of a number of sophisticated scientific techniques.[59] The presence, identity and proportion (if any) of a drug in a given sample of blood may also be reliably and accurately determined in many cases, though such determination has its limitations and may be problematic due to a number of factors.[60]

Blood group determinations are generally made by various antigen, protein and enzyme system tests.[61]

(b) Saliva Samples

Although it may have other forensic uses, saliva is the bodily fluid most commonly obtained for the purpose of establishing whether a given individual is or is not a "secretor," that is, someone whose blood group (ABO) factors are present in other bodily fluids.[62] As New Zealand's Criminal Law Reform Committee has noted, "[s]aliva samples may be obtained without particular inconvenience to the examinee, as a mouth swab, or a piece of gum or gauze chewed by the examinee, will suffice."[63]

(c) Urine Samples

The taking of urine samples for laboratory analysis may be classified as an "active participation" type procedure where the subject provides such samples by means of the normal excretory process. Note, however, that urine samples may also be obtained by catheterization, that is, the passing of a tube through the urethra into the bladder.[64] Urine samples may be analyzed *inter alia* for the presence of alcohol or drugs (or metabolites thereof) in much the same manner as blood samples are analyzed.

(d) Semen Samples

Semen samples may be obtained from a subject for laboratory analysis by means of a rectally administered massage of the prostate gland for the purpose of inducing involuntary ejaculation. This procedure has been used on criminal suspects and accused persons to obtain evidence of venereal infection for the purpose of corroboration of identification in cases of alleged sexual offences.[65] Note, however, that in those cases where this procedure has been used it has not been shown to be a particularly reliable diagnostic technique for the specific conditions involved.[66]

(4) Tests in Which Substances Are Administered

Certain substances (for example, enemas, emetics) may be administered to persons for the purpose of obtaining "physical evidence" which has in one way or another been internally concealed. As mentioned earlier, we are not concerned with "search and seizure" techniques in this Working Paper. In addition, however, there are substances that may be administered to criminal suspects or accused persons for the purpose of obtaining other kinds of evidence.

(a) Narcoanalysis

Narcoanalysis has been defined as "the method in which the intravenous injection of a sedative drug is employed to produce a disinhibited state of mind, so that the patient becomes more communicative and has less emotional control...."[67] A variety of drugs may be used in this procedure,[68] although the barbiturates amobarbital sodium and thiopental sodium are currently the most popular.[69] Although sometimes colloquially referred to as the "truth serum technique," it should be noted that narcoanalysis has not been shown to be a reliable method of obtaining accurate information from criminal suspects and accused persons.[70]

(b) Administration of Other Drugs

In *R.* v. *Conkie*,[71] where the accused was charged with murder, and drunkenness was one of the defences that was ultimately raised at trial, the evidence indicated that the accused, while under remand at the Alberta hospital for psychiatric assessment, had apparently been subjected to an experiment designed to test his

tolerance for large quantities of alcohol. As Moir J.A. described it, the accused was given "22 ounces of liquor in controlled circumstances which produced a frenzied state that required five people to control [him] and then he had to be given sodium pentothal intravenously to subdue him."[72]

B. Tests That Require the Active Participation of the Subject

In addition to the various tests discussed above, there exist a number of investigative procedures in which the subject is required not merely to acquiesce but to "do things." Depending on the test involved, the level of participation required of the accused will vary. In some instances it may be difficult to distinguish, in either a practical or theoretical sense, active participation tests from passive acquiescence tests. Below are described some of the more obvious procedures that would fall into the active participation category.

(1) Physical Performance Tests

Various physical performance tests have from time to time been used by police officers as a preliminary means for assessing alcoholic or drug-induced impairment.[73] As to the reliability of these tests as a means for assessing impairment, Watts has noted that "[t]here is a great deal of controversy...."[74] As Erwin has asserted in his textbook on *Defense of Drunk Driving Cases*, it is quite possible for persons with high blood alcohol levels to pass such tests and for sober persons to fail them in certain circumstances.[75]

(2) Handwriting Comparison

The comparison of handwriting for identification purposes is a subjective technique[76] whereby the characteristics of known and questioned writings (for instance, letter formation, size, proportion, shading, pressure, slant, spacing, pen lifts, movement, quality, beginning and ending strokes, and so on) are analyzed for the purpose of determining whether there is both a significant combination of individual and class features common to both

specimens, and an absence of fundamental differences.[77] It is not necessary to describe the various complexities of handwriting analysis, it being sufficient for our purposes to outline the procedure commonly used for obtaining standards of comparison from the suspect or accused. In this regard it should first be noted that the amount of writing required for proper analysis and comparison will vary from case to case. Generally, it will depend upon the variation in both the questioned and the subject's handwriting[78], the amount of questioned writing involved[79] and the suitability of the standard sample.[80] Standards may be obtained by asking the subject to fill out a specially designed form which requires him or her to write or print the words and numerals indicated thereon, to sign his or her name, and so forth.[81] Even where this practice is followed, however, it is generally thought advisable to request from the subject as well dictated specimens of the actual writings in question.[82] This may be done several times.

(3) Breathalyzer Test

Blood alcohol content may, in appropriate circumstances, be indirectly established by determining the proportion of alcohol vapour in alveolar air from the respiratory tract, and applying a conversion factor. This procedure has been made convenient through the development of a variety of instruments, most notably the Borkenstein Breathalyzer. Breathalyzer testing requires the subject to blow into the mouthpiece of the instrument.[83]

When correctly conducted using a properly functioning machine, breathalyzer testing is a highly accurate method for determining blood alcohol content.[84] Although substances other than ethyl alcohol (for example, methyl alcohol, ether, paraldyhyde, cigar or cigarette smoke and possibly acetone) may produce readings on the instrument, their presence in sufficient quantities to affect a given subject's test reading significantly would be unlikely to go unidentified by a trained breathalyzer technician.[85] While falsely high results might be produced by the presence of residual liquid alcohol in the mouth, this contingency is guarded against by the observance of at least a fifteen minute waiting period following the subject's last ingestion or regurgitation of alcohol prior to testing.[86] Though it is possible for the subject to produce a falsely low reading by limiting his expiration of deep lung air,[87] Lucas has asserted that "[a] subject cannot blow in a way which could produce falsely high results."[88]

(4) Polygraph Examination

Polygraph (lie detection) examination, as succinctly described by one Canadian writer, consists of a pre-test interview followed by an interview conducted while various psychophysiological responses are monitored by means of instrumentation.[89] As that writer has further explained, the process involves comparison of the responses which occur while "control" questions are being answered with those which occur during the answering of relevant questions.[90] To eliminate the risk of shock or surprise reactions, all questions are made known to the subject before the test.[91]

The polygraph apparatus is comprised of basically three separate recording instruments. One instrument monitors changes in respiration by means of pneumograph tubes which are fastened around the subject's chest and abdomen.[92] Another monitors changes in pulse and blood pressure by means of a cuff fastened around the subject's upper arm.[93] A third instrument records electrodermal activity (also called galvanic skin reflex or response) through electrodes attached to the subject's hand or fingers.[94] Additional instrumentation may be attached to the chair occupied by the subject for the purpose of recording muscular movements and pressures.[95] The information received by the polygraph machine from each of these sources is recorded simultaneously on a moving chart which is marked by the polygraph examiner during the course of the interview to indicate at what point the various questions were asked and whether the response was "yes" or "no."[96]

It is important to note that the polygraph apparatus does not in itself "detect" untruth. As Moenssens and Inbau have pointed out, the physiological changes recorded by the machine merely serve as the basis for possible (subjective) *diagnosis* of truth or deception.[97] Accurate determination of truthfulness is therefore dependent in part on the competence and training of the polygraph examiner. Other factors that may lead to erroneous diagnoses of deception (that is, "false positives"), apart from mechanical malfunctioning, include: extreme nervousness;[98] fear;[99] high or low blood pressure;[100] heart disease;[101] respiratory disorders;[102] mental disorder;[103] ingestion of drugs;[104] pregnancy;[105] ethnic or cultural background;[106] and so on.[107]

(5) Spectrographic Analysis

Spectrographic analysis is the technique of voice identification (or elimination) by means of "voiceprints." A voiceprint may be defined as "a pictorial representation of the acoustical energy output of a speaker, as a function of time, frequency and amplitude."[108] Essentially, there are two types of voiceprint that may be produced for analysis in this technique: (1) bar spectrograms, "showing the resonance bars of the voice with dimensions of time, frequency and loudness" (most useful in matching known and unknown voice samples);[109] and (2) contour spectrograms, "measuring levels of loudness, time and frequency in a shape much like a topographical map" (most useful in computerized spectrographic classification).[110] Voice identification is accomplished by subjective visual comparison of voiceprints from known and unknown sources in much the same way as fingerprints are compared. As Tosi has noted, "[a]ny method of identification or elimination has to be based on parameters that vary differently or less within the individual than among different persons."[111] Spectrographic analysis is accordingly premised on the theory (1) that the anatomical characteristics of people's speech organs differ significantly, and (2) that the habit patterns with regard to the way a given individual uses his or her speech organs are different but consistent.[112] The validity of this theory is, however, a hotly-debated issue.[113]

Spectrographic voice identification requires nothing of the suspect beyond the furnishing of a voice sample, either in the presence of a tape recorder or, depending on the circumstances, over a telephone line to which a recording device has been connected. The suspect is required to repeat sentence by sentence (perhaps several times) the words that have been transcribed from the recording of the known voice with which his or her voice is to be compared.[114]

Note that subjects may be required to speak out loud[115] or repeat certain words[116] in the course of identification lineups.

(6) Psychiatric Examination

A thorough psychiatric examination is generally comprised of three elements: physical examination; psychological testing; and personal psychiatric interview[117]. The first element has already

been dealt with in part under the heading "Medical Examination." Note, however, that where organic disorder is suspected as a possible factor affecting the subject's mental state or behaviour, physical examination may entail various specialized tests. As Schiffer has explained:

> Physical testing is aimed generally at detecting organic abnormality which may be relevant to the accused's alleged criminal behaviour. It involves such procedures as: blood tests (*i.e.*, for detecting possible lead or alcohol poisoning, anemia, syphilis, etc.); urinalysis (useful in detecting diabetes or hypoglycemia); routine chest and skull X-rays; and perhaps such special organic and neurological tests as pneumoencephalography, electroencephalography and spinal fluid examination (useful in the diagnosis of neurological and organic brain disorders such as meningitis, tumours, epilepsy, brain injury and neurosyphilis).[118]

Psychological tests (administered by clinical psychologists) fall generally into three categories:[119] intelligence tests (in which the subject is required to solve problems or answer quiz-like questions[120]); personality and behavioural questionnaires (in which the subject is required to answer questions about him- or herself[121]); and projective tests (in which the subject may be required to do various things, such as interpret the meaning of a picture,[122] tell what a series of ink blots look like to him or her,[123] or draw a picture of a person).[124] Additional tests may be given to measure intellectual impairment.[125]

The personal psychiatric interview, as one would expect, takes the form of a conversation between the psychiatrist and the subject. Though it is not easily defined, Sullivan has enumerated its general characteristics, describing it in part as:

> ...a situation of primarily *vocal* communication in a *two-group*, more or less *voluntarily integrated*, on a progressively unfolding *expert-client* basis for the purpose of elucidating *characteristic patterns of living* of the subject person, the patient or client, which patterns he experiences as particularly troublesome or especially valuable....[126]

As Stevenson has further noted, the interview need not conform to any specific format. As he has written:

> Formerly a question-and-answer type of interview satisfied the requirements of psychiatric interviewing, as it did and still does satisfy those of medical history-taking with regard to exclusively

> physical illnesses. But the modern psychiatric interview, though it includes questions, puts much more emphasis on a free-flowing exchange between the psychiatrist and the patient.[127]

This is not to say, however, that the goals of any psychiatric interview and the factors being assessed are not clearly defined. In their outline of a typical psychiatric examination, Stevenson and Sheppe have enumerated several key areas on which the psychiatrist is trained to focus. These include: the subject's emotions; his or her behaviour (including the potential for destructive behaviour); intelligence (including vocabulary, range of information, memory and judgment); thought processes (including speed, accuracy and clarity of thought, capacity for higher forms of thinking and rigidity of thought processes); thought content (including central themes, abnormalities of thought content, self-concept and insight) and perceptions (including misperceptions, illusions, hallucinations, attention and orientation).[128] In conducting his or her evaluation, moreover, the psychiatrist may pay as much attention to non-verbal indicia (for example, facial expressions, gestures, postures, and so forth) as to the information verbally communicated by the subject.[129] In forensic examinations, the psychiatrist may or may not directly question the subject concerning the offence he or she is suspected or alleged to have committed. As Davidson has written:

> In Britain it is considered unsporting for the doctor to ask the accused whether he has committed the crime, but American psychiatrists often find it impossible to conduct a thorough mental examination without somehow touching on that point.[130]

(7) Hypnosis

Psychiatric authors Kolb and Brodie have defined hypnosis as "an induced state of dissociation produced through suggestion."[131] Though discussion of the complex dynamics of this procedure is beyond the scope of this Working Paper,[132] it should be noted for our purposes that hypnosis is an effective means of reducing a subject's inhibitions and of recovering repressed (that is, "forgotten") material.[133] Its reliability as a truth-seeking device has not, however, been established. A subject under hypnosis may be capable of lying or confessing to crimes that he or she has not in fact committed.[134]

Arons has asserted that while it is "common knowledge among the well-informed today that it is possible to induce the hypnotic state in susceptible subjects without their awareness of the fact,"[135] it is an exaggeration to claim that hypnosis can ever be induced, however indirectly, without the subject's tacit consent.[136]

III.

Evidentiary Uses of Investigative Test Results

Having enumerated and described the various types of investigative tests to which accused persons and criminal suspects may be subjected, we should now examine the uses to which the direct or indirect results of such procedures may be put in court. From an examination of the relevant case law and statutory provisions, it would appear that under the present law there exist no less than eleven ways in which the use of investigative tests may result in the obtaining of incriminatory evidence. They are, essentially, as follows.

A. Physical Evidence of Identity

The use of some investigative tests may result in the obtaining of physical evidence from a suspect or accused person that can be compared with other physical evidence relating to the scene of the crime or to the victim, such comparison then being admissible on the issue of identity.

This is possibly the "classic," or at least most obvious, use of investigative test procedures. In cases where the identity of the perpetrator is in issue, the results of investigative techniques (such as the taking and analysis of fingerprints, palm prints, footprints, hair samples, fingernail scrapings, dental impressions, blood, saliva, urine, semen, and so forth) may be used by various scientific experts to compare with analysis of various potential "clues" found at the scene of the crime or relating to the victim. The results of such comparison might then be adduced in evidence in

the course of expert opinion testimony as circumstantial evidence of the accused's guilt.[137]

The relevance of various forms of circumstantial "physical trace" evidence may be easily understood by reference to some of the many reported criminal cases in which it has been admitted. The use of fingernail scrapings is exemplified in the American case of *Cupp* v. *Murphy*.[138] There, police investigating a homicide by apparent strangulation took such scrapings from the victim's husband upon noticing a dark spot on his finger which they suspected might be dried blood. Forensic analysis of the scraped material revealed traces of skin and blood cells, and fabric from the victim's night-gown. Hair comparison has been put to evidentiary use in many cases. A classic example occurred in *State* v. *Andrews*[139] where pubic hairs found at the scene of a rape were matched with pubic hairs removed from the accused. Bite mark evidence has also been admitted in a number of reported American cases, most of which deal with bite marks on the bodies of victims;[140] although in *Doyle* v. *State*[141] bite marks on food remnants helped place the accused at the scene of the crime.

It is important to note that the admissibility and probative value of any "matching up" of "clues" will generally depend on three distinct considerations: (1) the nature of the clue involved; (2) the procedure employed in the analysis; and (3) the circumstances of the case.

(1) The Nature of the Clue

Some clues, if properly analyzed, are capable of being matched with an extremely high degree of specificity. Put another way, the inherent uniqueness of some physical traces makes it theoretically possible to say with near absolute certainty whether they belong to the particular person who donated the comparison sample. As McWilliams has pointed out with regard to fingerprint evidence, for example: "It is universally asserted that no two persons can have identical fingerprints."[142] Therefore, in the words of England's Royal Commission on Criminal Procedure, "[w]here fingerprint evidence is available, it will frequently be conclusive and therefore provide hard evidence leading to conviction...."[143] Thus in *Goguen* v. *The Queen*,[144] where fingerprints were the only evidence linking the accused with the offence of breaking and entering with which he was charged, the Appeal Division of the New Brunswick

Supreme Court held such evidence to be "a sufficient circumstance from which the Magistrate could properly draw an inference of guilt"[145] and to have satisfied the rule in *Hodge's Case*.[146] Likewise in *Dufresne* v. *The Queen*[147] the Québec Queen's Bench (Appeal Side) held that in the absence of any explanation, the jury were entitled to infer from fingerprint evidence alone that the accused had been the driver of the get-away car in an armed robbery. In *R.* v. *Keller*[148] the unexplained presence of the accused's fingerprint on a match-cover found near a safe which had been opened with a cutting torch was held in itself to be sufficient circumstantial evidence of identity to support a finding of guilt.

Other forms of "physical trace" evidence are not as inherently cogent as fingerprints. In the case of blood samples, for example, the numbers of persons who may have a given blood type make it impossible, given the present state of the science of forensic serology, to say with certainty whether a questioned blood sample came from a particular accused.[149] This difficulty is present in the case of all other physical trace evidence that involves the analysis of blood group characteristics, for example, saliva, mucus, semen, perspiration, tears, vaginal fluids, gastric contents, and so forth.[150] Nevertheless, such evidence may be useful in the process of elimination which frequently takes place in cases where there are several possible perpetrators of an offence.[151] It should be noted that the science of forensic serology is making considerable advances. Current methods make it possible in some cases to narrow down statistically the group of possible donors of a questioned blood specimen to a very small proportion of the public indeed.[152]

Bite mark evidence has a number of difficulties. Although, as Moenssens and Inbau have noted, reliable identification is possible "in exceptional circumstances, when the bite mark is deep, pronounced, clearly visible, and well preserved and contains unusual characteristics of the teeth that made the impressions...,"[153] they have noted that positive identification is usually not possible.[154]

In the case of hair analysis, there is likewise no known method at the present time by which hair can be positively identified as having come from a particular person, except in very rare cases.[155] Generally, the most that can be determined from microscopic comparison of hair samples is: (1) whether the samples came from

persons of the same race; (2) whether the samples came from persons of the same sex; and (3) to what extent the samples are similar with respect to colour, structure, pigmentation, and so on.[156] Though serological examination may be possible if hair roots are present,[157] the probative limitations of such results have already been noted. Even where the objective and quantitative technique of neutron activation analysis is used, practical difficulties concerning the sample amount, contamination, and the fact that the trace element composition of one's hair changes continuously, may make identification problematic.[158] In addition, it would appear that while statistics have been compiled concerning the trace element concentration pattern of scalp hair in the Canadian population,[159] there may be less data of this kind with regard to pubic and other body hair.[160]

Limitations of the type discussed above, while they may diminish the usefulness of certain forensic techniques, do not necessarily render them valueless.

(2) The Procedure Employed in the Analysis

Even in the case of clues that possess an inherent uniqueness, the very admissibility of various investigative test results as the basis for expert scientific opinion may depend *inter alia* upon the threshold consideration of scientific reliability. In the United States, the generally accepted test for admissibility of scientific evidence is that articulated by the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit in *Frye* v. *United States*.[161] There Van Orsdel J. remarked:

> Just when a scientific principle or discovery crosses the line between the experimental and demonstrable stages is difficult to define. Somewhere in this twilight zone the evidential force of the principle must be recognized, and while courts will go a long way in admitting expert testimony deduced from a well-recognized scientific principle or discovery, the thing from which the deduction is made must be *sufficiently established to have gained general acceptance in the particular field in which it belongs*. [Emphasis added]

In *R.* v. *Medvedew*,[162] O'Sullivan J.A. of the Manitoba Court of Appeal expressed approval of this test, saying: "I do not know whether that test has been adopted in Canadian courts or not, but to me it makes sound sense and expresses a view in accord with the principles of the common law."[163]

It is our view that techniques that do not meet the test propounded in the *Frye* case should be regarded with a considerable degree of scepticism. For this reason we do not believe that the forcible administration of such procedures ought to be statutorily permitted or that any penal or evidentiary consequence should ordinarily result from a person's failure or refusal to allow them to be conducted. Saying this, however, does not make the difficult problem of separating those tests which fall within the rule in *Frye* from those which do not much easier. This point is perhaps best demonstrated by reference to Canadian case law on "voiceprint" evidence. For our purposes, spectrographic analysis may be likened to the analysis of "physical trace" evidence.

The first reported case in which the admissibility of voiceprint analysis was considered in Canada is that of *R.* v. *Montani.*[164] There the Crown was seeking to have expert evidence based on spectographic analysis admitted for the purpose of identifying a voice recorded from a wire-tapped telephone as that of the accused. On the matter of reliability, the Crown adduced evidence: (1) that on the basis of empirical research spectrographic analysis had been determined to be "substantially accurate;"[165] and (2) that the spectrograph of an imitator's voice would not be the same as that of the subject's.[166] In the result, Marck Prov. J., after referring to cases in which voice identification by non-expert witnesses had been allowed, ruled that the evidence of the proffered expert was admissible.[167]

In *R.* v. *Medvedew*[168] the admissibility of voiceprint evidence was considered by the Manitoba Court of Appeal. There the Trial Judge, after admitting the testimony of a spectrograph expert called by the Crown and the evidence of two other expert witnesses with sharply differing views as to the reliability of voiceprint techniques, had left the question of weight to be decided by the jury. Speaking for the majority of the Court of Appeal, Matas J.A. held that there had been nothing improper in the admission of the evidence or the manner in which the learned Trial Judge had dealt with it, and therefore dismissed the accused's appeal from his conviction for uttering a threat by telephone. O'Sullivan J.A. dissented, however, on the basis *inter alia* that voiceprint analysis had not been established as being a sufficiently reliable scientific technique to permit the admission of expert evidence based thereon. The jury, in his view, had been invited not merely to assess the weight to be given to such evidence, but to decide the question of the

technique's scientific reliability on their assessment of the demeanour of the witnesses.

Even where a given investigative test procedure has gotten over the "scientific reliability" hurdle as regards the admissibility of expert evidence based thereon, the weight that is given to such evidence in practice may well be affected by the existence of an alternative technique that is at least *potentially* more reliable. This point is well illustrated in the case of hair analysis. As noted in Part II, though the standard technique for analysis of hair samples is a subjective microscopic comparison in which points of similarity and difference are judged by a standard set of criteria, the comparatively new (and essentially objective) technique of neutron activation analysis, in the words of Moenssens and Inbau, "has to a certain extent revolutionized all trace investigation techniques, because it is more sensitive than almost any other known method."[169] The authors have described a Canadian case[170] in which a single strand of hair found under a murder victim's fingernail was compared with hair obtained from the accused using neutron activation analysis and was shown to have the same trace amounts of soduim, copper and manganese. According to the expert evidence, the chances of such a coincidence occurring with respect to hairs of different people was approximately one in one million.

Though the forensic literature on the usefulness of neutron activation analysis is widely contradictory,[171] it would seem that the failure to employ this technique may seriously undermine the impact of expert hair analysis evidence based exclusively on microscopic comparison. In *R.* v. *Roberts*,[172] for example, a murder case involving comparison of hairs taken from the accused with hairs found in the apartment of a homicide victim whom the accused claimed never to have visited, an expert witness for the Crown testified on the basis of microscopic analysis alone that the hairs were "similar to Mr. Roberts' and could have come from him."[173] At one point he defined "similar" as meaning "one step short of certainty."[174] The accused was convicted but a new trial was ordered by the Ontario Court of Appeal essentially on the strength of new expert evidence based on neutron activation analysis that "it is very unlikely that the hair said to be microscopically similar to the appellant's hair is in fact hair from the appellant."[175] At the accused's second trial he was acquitted.

(3) The Circumstances of the Case

The probative value of a given form of physical trace evidence will not be the same in all cases. Fingerprint evidence, for example, though it may in some circumstances be conclusive on the issue of identity, is capable (like all other circumstantial evidence) of being explained away in other cases.[176] In still other instances, fingerprint evidence, though not in itself capable of establishing the identity of the perpetrator, may be corroborative on this issue. In *R.* v. *LaRochelle*,[177] for example, where the complainant in an indecent assault case had testified that the accused had thrown away a beer bottle at the secluded spot where the assault took place, and where the accused denied ever having met the complainant, the presence of a beer bottle at that spot bearing the accused's fingerprints was held to be corroborative.

Other forms of "physical trace" evidence that are not as inherently cogent as fingerprints may have other uses. In *R.* v. *Ethier*,[178] for example, a rape case in which the accused denied ever having met the complainant, the Ontario Court of Appeal held that scientific evidence regarding the similarity of blood and hair traces was not capable of being *corroborative* evidence on the issue of identity, although it could be considered by the jury as adding to the *credibility* of the complainant's story.

B. Eyewitness Evidence of Identity

The use of some investigative tests may result in eyewitness evidence tending to identify the accused as the perpetrator of an offence.

Investigative tests in the nature of lineups, show-ups, the trying on of certain clothing or the speaking of certain words in the presence of witnesses to an offence may ultimately result in the leading of evidence at trial as to the accused's identification, by a witness or witnesses, as the perpetrator of the offence involved.

The evidentiary character and value of eyewitness identification by means of the above-mentioned procedures has been discussed in numerous reported cases and by a great many legal commentators and text writers.[179] A preliminary point worth noting

is that eyewitness identification evidence is, like the forensic evidence discussed in section A above, a form of *opinion evidence*. As O'Halloran J.A. remarked in the case of *R.* v. *Browne and Angus*:[180]

> A positive statement "that is the man" when rationalized, is found to be an opinion and not a statement of single fact. All a witness can say is, that because of this or that he remembers about a person, he is of opinion that person is "the man."

As to the value of eyewitness identification evidence, several points need to be made. First, it has been stated that eyewitness testimony, standing by itself, and without reference to any particular noteworthy characteristic:

> ...amounts to little more than speculative opinion or unsubstantial conjecture, and at its strongest is a most insecure basis upon which to found that abiding and moral assurance of guilt necessary to eliminate reasonable doubt.[181]

This being the case, it has been held that in cases where identification is a major issue:

> ...the jury's attention... "should be called in general terms to the fact that in a number of instances such identification has proved erroneous, to the possibilities of mistake in the case before them and to the necessity of caution."[182]

A second point worth noting is that the reliability of such evidence may depend upon a number of factors, namely: the circumstances of the witness's observation of the perpetrator; the amount of time which has elapsed since the observation; prior acquaintance of the eyewitness with the perpetrator; and the presence or absence of features which are distinctive to the appearance of the perpetrator.[183] Finally, it should be noted that the failure to use identification procedures prior to trial (that is, a lineup) may greatly reduce the cogency of eyewitness testimony that the accused present in the courtroom is the perpetrator of the offence witnessed.[184] Cross has described the holding of an identification parade (lineup) before the trial or preliminary inquiry as the "correct procedure,"[185] and has observed that the out-of-court words and actions of a witness (that is, at a lineup) may be admitted in evidence for the purpose of confirming his or her testimony that the accused is the culprit, notwithstanding the

general inadmissibility of previous statements to prove consistency.[186] As Lord Haldane L.C. remarked in the case of *R.* v. *Christie*,[187] what was said or done out of court is relevant "to shew that the [witness] was able to identify at the time and to exclude the idea that the identification of the prisoner in the dock was an afterthought or a mistake."

Even where a proper lineup procedure is used, the reliability of eyewitness identification evidence emanating therefrom may not be regarded as particularly high.[188]

Photographs are of course another method used by police in the course of their investigations which may ultimately be the basis for eyewitness identification evidence. As Robertson C.J.O. remarked in the case of *R.* v. *Goldhar*,[189] "it is often necessary to assist the police in their search that photographs should be exhibited to someone who may be able to pick out a photograph of the person to be sought for..." In this context, Cohen has described the use of photographs as "an indispensible investigatory tool."[190] This is not to say, however, that evidence of identification of an accused person as the perpetrator of an offence by means of photographs will have any greater value than that of lineup identification.

C. Physical Evidence of Criminal Conduct

The use of some investigative tests may result in the obtaining of physical evidence from an accused person or criminal suspect that either corroborates other evidence or is prima facie *evidence in itself that the person's conduct in a given situation was criminal.*

One of the evidentiary uses of investigative tests involving the taking and analysis of samples of blood, urine, breath, saliva, and so forth, is apparent when one considers those statutory provisions that make certain conduct an offence when various substances have been consumed in sufficient quantity. By subsection 234(1) of the *Criminal Code*, for example:

> Every one who, while his ability to drive a motor vehicle is impaired by alcohol or a drug, drives a motor vehicle or has the care or control of a motor vehicle, whether it is in motion or not, is guilty of an indictable offence or an offence punishable on summary conviction...

Here it would appear that evidence of an accused's consumption of a proven quantity of alcohol or drug may not in itself be sufficient to establish impairment of the ability to drive a motor vehicle,[191] and that expert evidence relating his or her ability to drive to drug or alcohol consumption may be required.[192] This difficulty does not exist, however, with regard to a charge laid under subsection 236(1) of the *Code*, which provides:

> Every one who drives a motor vehicle or has the care or control of a motor vehicle, whether it is in motion or not, having consumed alcohol in such a quantity that the proportion thereof in his blood exceeds 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood, is guilty of an indictable offence or an offence punishable on summary conviction...

Similar provisions exist under the *Code* with respect to the navigation or operation of vessels. According to subsection 240(4):

> Every one who, while his ability to navigate or operate a vessel is impaired by alcohol or a drug, navigates or operates a vessel is guilty of an offence punishable on summary conviction.

Section 240.2 states:

> Every one who navigates or operates a vessel having consumed alcohol in such a quantity that the proportion thereof in his blood exceeds 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood, is guilty of an offence punishable on summary conviction.

D. Lay Opinion Evidence of Criminal Conduct

The use of some investigative tests may lead to (or lend weight to) lay opinion evidence tending to show, or corroborate an allegation that, the accused's conduct in a given situation was criminal.

Although, as Cross has pointed out, non-expert witnesses will not generally be allowed to draw inferences from observed facts (that is, express opinions),[193] a witness will be permitted to state an opinion or impression when, in the words of one American judge, "the facts from which a witness received an impression were too evanescent in their nature to be recollected, or too complicated to

be separately and distinctly narrated...."[194] The reasoning here is that the witness is, in such circumstances, in a better position than the jury to draw the inference as it would be virtually impossible to convey all of the necessary data upon which it is founded to the jury.[195] Such reasoning has been applied in Canada to allow the reception in evidence of lay opinion on a variety of issues — most notably, for our purposes, the reception of police evidence of impairment in cases where the accused has been charged with impaired driving under subsection 234(1) of the *Criminal Code*.[196] In *R.* v. *Graat*,[197] a decision of the Ontario Court of Appeal recently affirmed by the Supreme Court of Canada,[198] it was noted that "[t]he weight to be given to such inferential testimony will vary from witness to witness, depending on the observed facts on which it is based."

This being the case, it is easy to see how the performance of various physical tests by the accused at the behest of the police would assist in providing a basis for future opinion testimony as to impairment. For this reason, as the Court in *R.* v. *Dixon*[199] noted:

> The cases in the reports are replete with accounts of various physical co-ordination tests to which the accused is normally subjected upon his arrival at the Police Station such as the heel and toe test, closing the eyes and touching the nose with the index finger of either hand, standing on one foot and with one hand picking up a coin from the floor, walking along a chalked line....

The usefulness of such tests was recognized by implication when the Court continued:

> If no such aids to determining or demonstrating the degree of impairment are utilized by the investigating officers then particular care should be taken to put themselves in a position to be able to present to the trial tribunal a reasonably thorough and reliable account of the observation of objective symptoms exhibited by the accused at the time of or subsequent to his arrest which impels the mind of the Court to the conclusion that at the relevant time the ability of the accused to drive a motor vehicle was actually impaired by alcohol.[200]

Moreover:

> ...such requirements are particularly necessary where, as here, there is no evidence whatever as to any mode or manner of driving by the accused nor has he been in any accident.[201]

In cases where there is other evidence of intoxication which may amount to impairment, the accused's performance of physical coordination tests may strengthen the basis of an opinion as to impairment, making it more likely to be accepted by the trier of fact. Thus in *R.* v. *McKenzie*,[202] though the Court acknowledged that "[t]here appears to be no single test or observation of impairment of control of faculties, standing alone, which is sufficiently conclusive,"[203] it stated that:

> If a combination of several tests and observations shows a marked departure from what is usually considered as the normal, it seems a reasonable conclusion that the driver is intoxicated with consequent impairment of control of faculties and therefore that his ability to drive is impaired.[204]

In *Hurley* v. *Taylor*[205] it was similarly held that an accused's failure to pass certain tests, when considered along with the other evidence, provided "ample justification" for a conviction for impaired driving.

E. Confessions

The use of some investigative tests may result in the obtaining of an admissible confession, depending inter alia *on compliance with the voluntariness rule.*

The investigative test procedure that perhaps most frequently results in the obtaining of inculpatory statements from criminal suspects and accused persons is psychiatric examination. Where a confession is obtained by this method, its admissibility may, depending on the circumstances, depend *inter alia* on compliance with the "voluntariness rule." The classic formulation of this rule, of course, is that laid down by Lord Sumner in the case of *Ibrahim* v. *The King*,[206] namely that:

> [N]o statement made by an accused is admissible in evidence against him unless it is shewn by the prosecution to have been a voluntary statement, in the sense that it has not been obtained from him either by fear of prejudice or hope of advantage exercised or held out by a person in authority.

Because the applicability of this test is initially contingent on the question of whether the psychiatrist, at the relevant time, was a "person in authority," the issue has arisen in several reported cases.[207]

Even where a psychiatrist conducting a psychiatric examination may properly be called a "person in authority," it is seldom that such person will in fact play on the accused's "fear of prejudice or hope of advantage" in order to obtain information from him or her. Nevertheless, it appears that this sometimes happens. In *People* v. *Leyra*,[208] an American case, the Court criticized a psychiatrist *inter alia* for:

> ...calling himself defendant's doctor, playing upon the latter's natural fears and hopes, pressing his hands upon defendant's head with accompanying commands, and suggesting details to an unwilling mind by persistent and unceasing questioning; informing defendant that he was not morally responsible; making deceptive offers of friendship and numerous promises, express and implied; giving assurances in a pseudo-confidential atmosphere of physician and patient....

More frequently, however, inculpatory statements (where they are not made spontaneously) may result from the use of such investigative psychiatric tools as hypnosis and narcoanalysis. Where this happens (and where the psychiatrist is a "person in authority") it is clear from the Supreme Court of Canada's decision in *Horvath* v. *The Queen*[209] that the resulting statement would most likely be ruled inadmissible as having been improperly induced. In *Horvath* the so-called voluntariness rule was expanded (or, more properly, recognized as not having been exhaustively defined in *Ibrahim*) to prohibit the admission into evidence of inculpatory statements obtained as the result of involuntary hypnosis of the accused by a person in authority (in this case an R.C.M.P. officer). The Court went on to imply, *per* Beetz J. (*obiter*), that statements obtained by consensual hypnosis, or by consensual narcoanalysis for that matter, would likely also be inadmissible.[210]

Where the psychiatrist is not a "person in authority" for the purposes of the voluntariness rule, a confession will generally be admissible as proof of the truth of its contents without it being necessary to establish voluntariness in accordance with the *Ibrahim* rule. It is likely, however, that a confession made while under the influence of hypnosis or narcoanalysis will be treated as inherently unreliable and excluded by the Court.[211] In *R.* v. *Booher*[212] the

Alberta Supreme Court refused to admit a confession that may have been produced by hypnotic suggestion. Though there do not appear to be any reported Canadian decisions dealing directly with the reliability of narcoanalysis, scientific authorities have generally described this technique as an "unreliable test of truth,"[213] and empirical research would seem to indicate that some subjects remain quite capable of lying while under the influence of "truth drugs."[214] This lack of scientific acceptance has prompted most American courts to reject statements obtained by means of narcoanalysis.[215]

One possibly overriding consideration concerning the admissibility of confessions, which may transcend the voluntariness rule, is that expressed in the landmark decision of the Ontario High Court in *R.* v. *St. Lawrence*,[216] relating to the admissibility of statements subsequently confirmed by the finding of physical evidence.[217] This rule has received judicial approval in a great many subsequent Canadian decisions,[218] most notably by the Supreme Court of Canada in *R.* v. *Wray*,[219] although it is difficult to determine the extent to which it has been affected by the *Charter* (see below).

F. Inculpatory Statements Admissibile for Other Purposes

The use of some investigative tests may result in the obtaining of an inculpatory statement which, though inadmissible as proof of the truth of its contents, may be admissible as the basis of expert opinion.

This is the situation that may sometimes obtain in the case of psychiatric and psychological examinations of accused persons. Where, for example, an inculpatory statement has been obtained by an examining psychiatrist or psychologist under circumstances that do not comply with the voluntariness rule, it may be that the statement could nevertheless be repeated or alluded to by the doctor in the course of giving expert testimony, provided that the statement forms part of the basis of the expert opinion. The rationale for admissibility would be that the relating of the statement does not offend the hearsay rule because, in such

circumstances, it is not designed to prove the truth of its contents.[220] As Ritchie J. remarked in the case of *Phillion* v. *The Queen*:[221]

> Statements made to psychiatrists and psychologists are sometimes admitted in criminal cases and when this is so it is because they have qualified as experts in diagnosing the behavioural symptoms of individuals and have formed an opinion which the trial judge deems to be relevant to the case, but the statements on which such opinions are based are not admissible in proof of their truth but rather as indicating the basis upon which the medical opinion was formed in accordance with recognized professional procedures.

In *Perras* v. *The Queen*,[222] a majority of the Supreme Court of Canada ruled that no *voir dire* was required to determine the voluntariness of inculpatory statements made to a psychiatric expert witness who was a "person in authority" at the relevant time, despite the fact that cross-examination might have resulted in their being revealed to the jury. In a dissenting judgment, however, Spence J. (Laskin J. concurring) commented on the artificiality of admitting a confession into evidence for the narrow purpose of demonstrating the basis of expert opinion while at the same time instructing the jury that they should disregard it in deciding the truth of its content.[223]

G. Leads

The use of some investigative tests may lead to information concerning the location of physical evidence tending to identify the suspect or accused as the perpetrator of an offence.

Perhaps the best example that can be cited here is the use of such techniques as narcoanalysis and hypnosis. Hypnosis appears to have been used in the case of *R.* v. *Booher*[224] to discover the location of a rifle of the same calibre used in the murder with which the accused was charged.

As indicated by the case of *R.* v. *Wray*,[225] evidence of the accused's part in leading the police to the physical evidence, as well as the evidence thus obtained, would generally be admissible regardless of the method by which the accused's co-operation was obtained, and might only be excluded by operation of judicial

discretion if of "trifling" probative value as compared with prejudicial effect. Section 24 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*[226] may now be taken to have modified the rule in *Wray*, however, reducing its importance considerably. According to subsection (1) of that section:

> Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

One "remedy" is specifically mentioned in subsection (2) of section 24, which continues:

> Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

More will be said about section 24 of the *Charter* in Part IV.

H. Expert Evidence of Disposition/Identity

The use of some investigative tests may result in expert opinion evidence tending to identify the suspect or accused as the perpetrator of an offence that must have been committed by a particular type of person.

Apart from situations involving the analysis and comparison of "physical trace" evidence of the type described in section A above, there remain cases in which certain expert witnesses may offer opinion evidence, based on other forms of investigative tests, that has bearing on the identity of the perpetrator of the offence and the issue of whether the accused is in fact such person. The best example here would be the use of psychiatric or psychological expert witnesses to establish, on the basis of their examinations of the accused, a peculiar propensity on his or her part to commit the type of offence involved. Such evidence of "disposition," as it is called, may only be led in rather special circumstances, however. Evidence of the accused's character is generally limited to evidence concerning his or her reputation.[227] The mere fact that the accused

has put his or her general character in issue will not entitle the prosecution to lead psychiatric or psychological evidence as to the accused's disposition. Where, however, the offence involved has distinctive characteristics constituting "the hall-mark of a specialized and extraordinary class...,"[228] evidence will be admissible on the question of whether the accused falls within this class of persons.[229] As the Ontario Court of Appeal remarked in *R.* v. *Glynn*:[230]

> [W]here it was proved death could have been caused only by a left-handed person, evidence that the accused had the characteristic of being left-handed would clearly be admissible on the question of identity, so in this case where the death may well have been caused by a homosexual with certain characteristics it was proper to show that the accused was a homosexual with those characteristics.

It follows that where the features of the particular abnormal class in question fall within the expertise of a psychiatrist or psychologist, the opinion evidence of such expert will be admissible on the issue of disposition.[231]

Unlike that of some of the scientific procedures discussed above, the scientific reliability and validity of psychiatric evaluation do not appear to be supported on a very strong foundation of empirical data. As Ziskin has asserted (in 1981) with regard to the reliability of diagnoses, "the most common research findings indicate that, on the average, one cannot expect to find agreement in more than about 60% of cases between two psychiatrists."[232] As to the question of validity, that is, the statistical probability of a given psychiatric diagnosis being subsequently verified as accurate, Ziskin has stated that "[t]here is a substantial body of literature to the effect that psychiatric and psychological diagnosis and evaluation have low validity."[233]

The reliability and validity of the psychological testing techniques upon which expert psychological opinion is based are similarly open to question. As one commentator has pointed out:

> A fundamental criticism of psychological tests and techniques is that their accuracy may be a function of the methodology used to evaluate the data they generate. The selection of assessment technique may significantly alter both the accuracy and objectivity of the results. Other criticisms of psychological tests and techniques typically focus on one or more of the following factors: (1) adequacy of standardiza-

tion, (2) low reliability or insufficient data on reliability, and (3) low validity or insufficient data on validity.[234]

I. Expert Evidence to Counter Defences

The use of some investigative tests may result in expert opinion, not necessarily based upon the analysis and/or comparison of physical evidence, that may be damaging to certain defences that might be raised by the accused.

Psychiatric and psychological examinations are excellent examples of the type of investigative test with which we are concerned here. In cases where the accused raises a defence such as insanity, automatism, intoxication, lack of *mens rea* which is due to mental disorder (other than intoxication) falling short of insanity or automatism, infanticide or provocation, such defence is not infrequently countered by psychiatric or psychological evidence led by the prosecution which contradicts or is less favourable to the accused than the psychiatric or psychological opinion evidence led by the defence.

Specific tools used by psychiatrists or psychologists in the course of examination (that is, investigative tests within investigative tests), such as hypnosis, narcoanalysis, intelligence tests, behavioural questionnaires, projective tests, and so forth, may be particularly effective in assessing whether a given mental condition upon which the accused might otherwise seek to rely in fact exists. A particularly good example would be the use of narcoanalysis to test a defence of non-insane automatism. This might occur where an accused who raises the defence claims (as is often the case) to have no memory of the events surrounding the alleged offence.[235] In *R.* v. *Perras*[236] sodium pentothal was used by an examining psychiatrist to see whether an accused charged with murder was suffering from organic, hysterical or feigned amnesia in order to determine whether the accused had been, in effect, in a state of alcoholic automatism at the time of the offence.[237] Though in this case narcoanalysis was used by a defence-retained psychiatrist and the technique ultimately supported the accused's defence, it could just as have easily been used by a Crown-retained psychiatrist to refute such defence.

Physical tests performed on the accused to assist in psychiatric diagnosis (for example, blood tests, X-rays, EEG's pneumoencephalograms, urinalysis, and so forth) may also affect the opinion of a psychiatric expert as to the existence of various disorders that might otherwise have supported one of the total or partial defences mentioned above.

It is worth pointing out at this stage that the results of investigative tests need not be excluded from evidence by virtue of the fact that such tests may have been performed in whole or in part by medical personnel, in other words, on grounds of a "medical privilege" claimed by the accused. There does not appear to be any common law testimonial doctor-patient privilege,[238] although such privilege has, from time to time, been created by statute in some jurisdictions. Nor would the results of psychological[239] or psychiatric[240] examination ordinarily be subject to exclusion from evidence on the basis of any psychological or psychiatric privilege.[241] This fact was made amply clear in the case of *R.* v. *Burgess*.[242] There the Court admitted certain inculpatory statements made to a psychiatrist who had been instructed by the R.C.M.P. to "find out what he could" from a detained accused against whom they did not yet have sufficient evidence. Note that section 165 of the proposed new *Canada Evidence Act*[243] would create a limited psychiatric privilege with respect to statements made "to a qualified medical practitioner during the course of a court-ordered psychiatric observation, examination or assessment...."

J. Expert Evidence Damaging Credibility

The use of some investigative tests may result in expert opinion evidence damaging to the accused's credibility as a witness.

Once again, psychiatric evidence is the prime example. As indicated by the case of *R.* v. *Eades*,[244] it would appear that where an accused person chooses to testify, his or her credibility may be attacked by means of psychiatric evidence in the same manner as that of any other witness. In *Toohey* v. *Metropolitan Police Commissioner*[245] the value of psychiatric evidence on the issue of credibility was explained by the House of Lords when it stated: "Medical evidence is admissible to show that a witness suffers from some defect or abnormality of mind that affects the reliability

of his evidence."[246] Moreover: "Such evidence is not confined to a general opinion of the unreliability of the witness, but may give all the matters necessary to show not only the foundation of and reasons for the diagnosis but also the extent to which the credibility of the witness is affected."[247] In giving expert testimony concerning the credibility of witnesses, psychiatrists have based their opinions (and have been permitted to disclose the basis of such opinions to the trier of fact) on both routine psychiatric examinations and the results of such investigative procedures as narcoanalysis[248] and polygraph (lie detector) examination.[249]

On the subject of expert opinion as to credibility based exclusively on polygraph tests, the law seems fairly clear. In *R.* v. *Phillion*[250] it was held by the Ontario Supreme Court that the evidence of a polygraph examiner did not meet the test for admissibility of expert opinion despite the Court's acknowledgement that "[t]here could not be... in any case a more skilled examiner...." The Court's main objection, apparently, was that the practice of polygraph analysis had not achieved an acceptable level of reliability so as to make any polygraph examiner a qualified "expert."[251]

Although in *R.* v. *Wong (No. 2)*[252] the British Columbia Supreme Court expressly disagreed with the decision of the Ontario Supreme Court in *Phillion*, and ruled that polygraphy was a sufficiently reliable scientific technique to permit the admissibility of opinion based thereon as expert opinion, this decision was disapproved of by the Supreme Court of Canada in its ultimate affirmation of Van Camp J.'s judgment in *Phillion*.[253] Speaking for the majority of the Court, Ritchie J. expressed the view that the polygraph examiner, experienced as he was, "had neither the qualifications nor the opportunity to form a mature opinion of the propensity of the man he was subjecting to the test either as to truthfulness or otherwise."[254] In light of this ruling, the British Columbia Court of Appeal subsequently held on appeal in *R.* v. *Wong (No. 2)*[255] that "the opinion evidence about the polygraph tests should not have been admitted."

What is interesting about the *Phillion* case is not so much the Court's rejection of the polygraph examiner's opinion on the issue of veracity as its acceptance of psychiatric opinion on the same issue. In holding that psychiatrists could express an opinion on the accused's veracity based *inter alia* on psychiatric interviews,

psychological tests *and the results of the polygraph tests*, the Courts have implicitly recognized the methods of psychiatry as having a higher degree of scientific accuracy and reliability than those of polygraphy. Though it might be noted that rejection of the polygraph examiner's opinion resulted from a fear expressed by Van Camp J., that "a jury, by reason of the technicality of the evidence, might be tempted blindly to accept the witness' opinion,"[256] this fear should surely be present to an equal or even greater degree where the opinion evidence of members of such an esteemed profession as psychiatry is concerned. As Spence J. (with whom Laskin C.J.C. concurred) remarked in *Phillion*, allowing a psychiatrist to disclose the results of a polygraph test in showing the partial basis of his opinion resulted in such material being put before the jury "in a much more persuasive fashion [than] it could ever have been put by a non-medical witness."[257]

Is psychiatric evidence demonstrably more reliable and scientifically accurate than polygraph evidence? The question is an important one. As Ziskin has reasoned:

> It follows that if ... the grounds on which lie detector evidence is rejected are equally applicable to psychiatric ... evidence, and there is no proof of superior qualification in psychiatrists ... than in lie detector experts, then the evidence offered by psychiatrists should also be rejected.[258]

K. Physical Evidence to Counter Defences

The use of some investigative tests may produce physical evidence that may be used in rebuttal of a defence raised by the accused.

Where, for example, an accused has been subjected to a breathalyzer test or had blood or urine samples taken and analyzed shortly after his alleged commission of an offence, results indicating a low level (or the absence of) intoxicants in the blood might impede quite effectively the success of an intoxication defence raised by the accused at trial. This was the reasoning of the police in *R.* v. *Gowland*[259] where the accused, later charged with murder, had been asked to submit to a breathalyzer test following his arrest for what was then assault causing bodily harm. In this case, however, the accused refused the test and later raised the defence of drunkenness.

IV.

The Law Applicable to the Administration of Investigative Tests

Before proposing any statutory scheme for the regulation of investigative tests, we should first examine the various ways such tests are dealt with under the present law. Sections A, B and C of this part discuss briefly the extent to which investigative tests are currently authorized or prohibited, and the extent to which force may be used to compel accused persons to submit to various procedures. Sections D and E focus on other methods of ensuring compliance in situations where the use of force might not be appropriate. As the New Zealand Criminal Law Reform Committee noted in its 1978 *Report on Bodily Examination and Samples As a Means of Identification*:[260]

> There are a number of possible sanctions which might be applied to meet this problem. First, comment at any subsequent trial of the suspect could be permitted, or non-compliance could be dealt with as a contempt of Court. Alternatively, a separate offence of failing to comply with an order could be enacted.

A. Criminal Procedure

(1) Statutory Provisions

Certain investigative tests have been specifically sanctioned by statute. Perhaps the most obvious of these is the taking of breath samples under the various "breathalyzer" sections of the *Criminal Code*.[261]

By subsection 2(1) of the *Identification of Criminals Act*:[262]

> Any person in lawful custody, charged with, or under conviction of an indictable offence, or who has been apprehended under the *Extradition Act* or the *Fugitive Offenders Act*, may be subjected, by or under the direction of those in whose custody he is, to the measurements, processes and operations practised under the system for the identification of criminals commonly known as the Bertillon Signaletic System, or to any measurements, processes or operations sanctioned by the Governor in Council having the like object in view.[263]

P.C. 1954-1109 further states that "[f]or the purposes of the *Identification of Criminals Act*, the measurements, processes or operations of fingerprinting and photography are hereby sanctioned."[264]

Note that by section 2 of the Act the police are not generally permitted to fingerprint or photograph a suspect without such person's consent until after he or she has been arrested and charged, and only where the offence involved is an indictable offence. For the purpose of this section, hybrid offences have been held to be indictable where the Crown has made no election to proceed summarily.[265] Subsection 453.3(3) of the *Code* permits persons alleged to have committed indictable offences to be required by an appearance notice, promise to appear or recognizance to appear at a designated time and place for the purposes of the *Identification of Criminals Act*. Similar provision is made under subsection 455.5(5) with respect to the contents of a summons.

Investigative testing in the form of psychiatric examination is implicitly authorized with respect to certain persons charged with,or convicted of, criminal offences by various sections of the *Criminal Code*.[266] Other federal statutes and regulations contain provisions that authorize psychiatric examination and which, conceivably, could be used to examine accused persons prior to trial.[267] Once an accused person has been remanded to, or ordered to attend a psychiatric facility, two fundamental questions must be considered, namely: (1) what procedures the observers or examiners are authorized to perform; and (2) the extent to which the accused's consent is required in order for such procedures to be legal. The answer to both questions may depend upon the statute under which the order was made. As regards the first question, the *Criminal Code* provides no guidance whatsoever. The few judicial

dicta there are, however, would appear to suggest that psychiatrists and psychologists are *prima facie* permitted to use the standard techniques of their professions. In *Wilband* v. *The Queen*,[268] for example, Fauteux J. (as he then was) seems to have endorsed "examinations in accordance with recognized normal psychiatric procedures."[269] As to the second question, the *Criminal Code* is, once again, silent. The meagre case law suggests, however, that *Criminal Code* provisions do *not* authorize the use of force for the purpose of compelling an unwilling accused person to submit to psychiatric examination, and that in fact no penalties whatsoever may be imposed on a non-consenting examinee. As the Ontario Court of Appeal stated *per* Zuber J.A. in *R.* v. *Sweeney (No. 2)*,[270] "there is no lawful manner in which an accused can be obliged to speak." In *Re Chapelle and The Queen*[271] Craig J. of the Ontario High Court remarked that "[i]t is a serious matter to remand an accused person to a psychiatric institution for observation for 30 days ..."[272] and that "[i]f he is so remanded he might well refuse to converse with anyone at the psychiatric institution...."[273] The only penalty which His Lordship suggested might attend such refusal was the drawing of an adverse inference by the court.[274]

(2) The Common Law

In the absence of statutory provisions, authority for the administration of certain types of investigative tests may exist at common law. One might well ask, for example, whether certain investigative procedures would be permissible in the course of an examination of the accused initiated by the police in the exercise of their common law search powers.[275] According to New Zealand's Criminal Law Reform Committee:

> As to obtaining bodily samples, there is at common law no power to compel either a suspect who has not yet been arrested or a person who has and is already in custody to provide a sample of his blood, hair, saliva or other bodily matter. Any use of physical force to obtain such a sample, whether by the Police or by a doctor at their behest, would constitute an assault.[276]

This position would seem to accord, moreover, with that taken in Canadian decisions specifically relating to the taking of body substances.[277] In *R.* v. *Frechette*,[278] a case that involved blood tests and medical examination of an accused charged with dangerous

driving, a Québec Trial Court expressed the opinion that in the absence of statutory authorization, the non-consensual medical examination of an accused person was not permissible.[279] An appeal from the Court's ruling was subsequently dismissed without written reasons by the Court of King's Bench (Appeal Side).[280] While the common law illegality of obtaining samples from an accused without consent has implicitly been recognized in subsequent cases (such as *R.* v. *Burns*),[281] one legal commentator has remarked that "[o]ne may rather wonder why in the case of blood tests the Courts have felt 'that the person of the accused is inviolable,'"[282] since "[i]t would appear that the law does not afford such protection to the person in respect to other questions for example."[283]

As noted by A. E. Popple in a practice note to *R.* v. *Moore*,[284] "[i]t would appear that there is some doubt as to whether, apart from statutory enactment, the accused can be compelled to submit himself to physical examination which would tend to supply evidence to incriminate him...." As suggested by the cases of *R.* v. *Shaw*,[285] *R.* v. *Moore*, *supra*, and the prior case of *R.* v. *Ross*,[286] however, such doubt does not extend to the active performance by the accused of various physical tests (for example, for impairment) at the request of the police. Clearly, there is no obligation for the accused to co-operate to this extent, nor any lawful method (involving physical force or criminal penalty) by which such co-operation may be enforced.[287] Things become less clear, however, where all that is required of an accused is passive submission.[288]

In *Marcoux and Solomon* v. *The Queen*[289] the Supreme Court of Canada considered *inter alia* the extent to which compelling an accused person to participate in a lineup was an authorized police practice under the common law. Speaking for the Court, Dickson J. expressed the opinion that "the application of force to compel an accused or a suspect to take part in a line-up may raise a question as to the limits on the powers of the police in relation to detained persons,"[290] but that "[r]easonable compulsion to this end is ... an incident to the police power to arrest and investigate, and no more subject to objection than compelling the accused to exhibit his person for observation by a prosecution witness during a trial."[291] His Lordship went on to quote from the decision of England's Court of Appeal in *Dallison* v. *Caffery*,[292] where Lord Denning had said that:

> When a constable has taken into custody a person reasonably suspected of felony, he can do what is reasonable to investigate the matter, and to see whether the suspicions are supported or not by further evidence.... The constable can put the suspect up on an identification parade to see if he is picked out by witnesses. So long as such measures are taken reasonably, they are an important adjunct to the administration of justice....[293]

As Dickson J. further noted, however, the question as to what extent force may be authorized in the course of compelling a person to take part in a lineup is of little practical significance, since "the introduction of a struggling suspect into a line-up might [make] a farce of any line-up procedure."[294] As Glanville Williams has further pointed out:

> [I]f the suspect objects the police will merely have him "identified" by showing him to the witness and asking the witness whether he is the man. Since this is obviously far more dangerous to the accused than taking part in a parade, the choice of a parade is almost always accepted.[295]

Is fingerprinting permissible at common law? This issue has arisen in a number of reported cases.

In *R.* v. *A. N.*,[296] on the trial in juvenile court of a juvenile charged with breaking and entering a dwelling-house and thereby committing a delinquency contrary to the *Juvenile Delinquents Act*,[297] an issue arose as to the admissibility of fingerprint evidence. While it appears that the accused juvenile had not objected to the taking of the fingerprints, it was unclear whether he was "in custody" at the time and to what degree he had in fact "consented" to the procedure. Noting that the provisions of the *Identification of Criminals Act*[298] were clearly inapplicable where, as here, the subject was not "charged with ... an indictable offence," and did not fall within the other classes of persons described by subsection 2(1) of the Act, Murphy Prov. Ct. J. held that any authority for the fingerprinting of juveniles must be found in the common law. Relying on the cases of *R.* v. *Buckingham and Vickers*,[299] *Adair* v. *M'Garry*, *Byrne* v. *Her Majesty's Advocate*,[300] and *R.* v. *Hayward*,[301] Her Honour went on to state (1) that "in cases where [the *Identification of Criminals Act*] does not apply ... fingerprints can be taken under the common law;"[302] (2) that while force could be used in the taking of fingerprints in accordance with the *Identification of Criminals Act* to the extent that it is authorized by

that Act, "at common law force cannot be used ... and they can only be obtained by consent;"[303] (3) that the test for consent, at least so far as juveniles were concerned, was the same as that which applied to the taking of statements from juveniles;[304] and (4) that despite the Supreme Court of Canada's rulings in *R.* v. *Wray*[305] and *Hogan* v. *The Queen*,[306] where fingerprints had been obtained illegally from a juvenile the court retained a discretion to exclude them from the evidence at trial even where they were highly probative.[307] In the result, the fingerprint evidence was not admitted.

On appeal by the Crown to the British Columbia Supreme Court,[308] however, it was held, *per* Bouck J.: (1) that under the common law a subject's consent was not required for fingerprinting — even where such person was a juvenile — provided the person was in lawful custody, and the police would therefore be justified in using necessary force;[309] (2) that the fingerprinting of a person of any age who voluntarily submits to the procedure is lawful;[310] and (3) that even if the accused juvenile should have been in custody before the fingerprinting could be lawfully done, the evidence was still admissible on the basis of *Wray* and *Hogan*.[311]

Subsequent appeal by the accused to the British Columbia Court of Appeal[312] was dismissed on a unanimous application of the rule in *Wray* and *Hogan*. While Carrothers and Hinkson JJ. A. did not find it necessary to decide on the question of whether there existed a common law right to take fingerprints, however, Branca J. A. expressed the emphatic opinion that there was in fact no such right.[313] It was His Lordship's opinion that the case of *R.* v. *Buckingham and Vickers*,[314] a British Columbia case which had relied upon *Adair* for the proposition that such common law authority existed, had been incorrectly decided.[315] His Lordship cited as well the case of *Re Danilhik (Stone)*,[316] a decision of the Manitoba King's Bench wherein Robson C. J. K. B. had declared simply that: "[T]here was no lawful authority to require the accused to be fingerprinted as he did not come within the *Identification of Criminals Act*...."[317]

In the subsequent decision of *R.* v. *D. G.*,[318] *R.* v. *A. N.* had been expressly not followed by the Prince Edward Island Supreme Court. It had been the opinion of the learned Trial Judge that no issue as to common law authority to fingerprint need arise in the case of juveniles, as they were covered by the provisions of the

Identification of Criminals Act. In His Lordship's view, where a juvenile was charged with delinquency as the result of his or her allegedly having committed an indictable offence, he or she was in fact "charged with ... an indictable offence" for the purposes of subsection 2(1) of the *Identification of Criminals Act* and might be dealt with thereunder with or without his or her consent. This ruling was reversed on appeal, however, McQuaid J. stating that:

> An infraction of the *Criminal Code* which would constitute an "indictable offence" if committed by an adult is a "delinquency" when committed by a juvenile. A juvenile cannot be charged with an indictable offence. He can be charged only with a delinquency and that was the charge laid in the case at bar. If the offence is a delinquency and not an indictable offence, the *Identification of Criminals Act*, does not apply because that Act specifically states that it is applicable to indictable offences only.[319]

In *R.* v. *Jacobsen*[320] an Ontario District Court, while agreeing that the *Identification of Criminals Act* had no application to juveniles charged under the *Juvenile Delinquents Act*, expressed the view that there was in fact a common law right of the police to fingerprint an accused person with or without such person's consent provided no more than reasonable force was used.[321] Most recently, in *Brown* v. *Baugh and Williams*[322] the British Columbia Court of Appeal reversed a decision of the British Columbia Supreme Court in which it had been held: (1) that there existed no power under the *Identification of Criminals Act* to fingerprint a juvenile charged under the *Juvenile Delinquents Act* with a delinquency that is also an indictable offence; and (2) that the power to use reasonable force in the taking of fingerprints did not exist at common law. The Court of Appeal limited its reasons to the first point, however, expressly declining to comment on the latter.

In several reported cases in other jurisdictions, as noted earlier, it has been held that no common law power exists with regard to the photographing of criminal suspects upon arrest.[323] As England's Royal Commission on Criminal Procedure has observed, however, "[t]here is a distinction in law to be made between photographing and fingerprinting."[324] As it has pointed out:

> While fingerprinting will almost certainly require some physical contact between the police officer responsible and the person being fingerprinted, photography does not. Accordingly, whereas finger-

printing without statutory authority or the consent of the person concerned may constitute an assault, the English courts have never held the photographing of a suspect by a police officer to be unlawful, even where there is no consent or statutory authority.[325]

B. Liability for Conducting Investigative Tests

(1) Statutory Provisions

Where investigative test procedures are authorized by statute, they are sometimes accompanied by statutory provisions that allow the use of physical coercion. Section 2(2) of the *Identification of Criminals Act*, for example, provides that "[s]uch force may be used as is necessary to the effectual carrying out and application of such measurements, processes and operations." By subsection 3 of the Act, moreover, "[n]o one having the custody of any such person, and no one acting in his aid or under his direction ... incurs any liability, civil or criminal, for anything lawfully done under this Act."

As regards the criminal liability of peace officers and those who may be required to assist them in the administration of investigative tests, subsection 25(1) of the *Code* is an important provision to note. It provides that:

> Every one who is required or authorized by law to do anything in the administration or enforcement of the law (*a*) as a private person, (*b*) as a peace officer or public officer, (*c*) in aid of a peace officer or public officer, or (*d*) by virtue of his office, is, if he acts on reasonable and probable grounds, justified in doing what he is required or authorized to do and in using as much force as is necessary for that purpose.

Note also, however, that by section 26 of the *Code* "[e]very one who is authorized by law to use force is criminally responsible for any excess thereof according to the nature and quality of the act that constitutes the excess."

In the absence of statutory authorization for both the specific investigative test involved and the use of necessary force for the carrying out of that test, the non-consensual administration of a given test *may* constitute an actionable tort or criminal offence.[326]

In *Marcoux and Solomon* v. *The Queen*[327] Dickson J., speaking for the Supreme Court of Canada, noted that "the application of force to compel an accused or a suspect to take part in a line-up may raise a question as to the limits on the powers of the police in relation to detained persons."[328] It was His Lordship's opinion, however, that:

> Reasonable compulsion to this end is ... an incident to the police power to arrest and investigate, and no more subject to objection than compelling the accused to exhibit his person for observation by a prosecution witness during a trial.[329]

It is an interesting question to what extent procedures more intrusive than a simple police lineup would permit the use of force in their implementation where the use of such force has not been specifically authorized by statute.[330]

(2) Evidentiary Consequences

Even in cases where the non-consensual use of certain investigative test procedures would constitute an actionable tort (or criminal offence for that matter), the tortious or even criminal character of such actions would not *per se* render the results of these tests inadmissible in evidence.[331] This point has been made in numerous Canadian decisions involving blood tests.[332]

In *Attorney General of Québec* v. *Bégin* [333] Fauteux J. (with whom Taschereau and Cartwright JJ. concurred) discussed the admissibility of evidence obtained through the involuntary administration of various other investigative tests. His Lordship referred to *R.* v. *Voisin*,[334] where England's Court of Criminal Appeal held a compulsorily donated handwriting sample to be admissible saying:

> There is a difference between the admissibility of a statement and the admissibility of handwriting. A statement may be made under such circumstances that the true facts are not brought out, but it cannot make any difference to the admissibility of handwriting whether it is written voluntarily or under the compulsion of threats.[335]

The Court added:

> The mere fact that the words were written at the request of police officers, or that he [the accused] was being detained ... does not make the writing inadmissible in evidence. Those facts do not tend to

> change the character of handwriting, nor do they explain the resemblance between his handwriting and that upon the label, or account for the same misspellings occurring in both.[336]

In *R.* v. *Nowell*,[337] referred to as well by His Lordship, the English Court of Appeal declared the result of a non-consensual medical examination to be admissible on the issue of the accused's drunkenness.[338]

In *R.* v. *Martin*[339] the Alberta Supreme Court held that evidence as to the accused's performance on various tests designed to ascertain whether or to what extent the accused was impaired by alcohol or drugs was inadmissible unless it was established that the accused had submitted to them voluntarily.[340] This ruling was expressly not followed by the British Columbia Magistrates Court in *R.* v. *Moore*,[341] however, and was subsequently reversed by a majority of the Appellate Division of the Alberta Supreme Court.[342]

In *Hay* v. *Her Majesty's Advocate*[343] dental impressions were taken from twenty-nine persons in the course of the investigation of a homicide in which bite marks had been found on the victim's body. The procedure was repeated, again by consent, on five of the persons previously examined, with the result that the accused became the prime suspect. Upon his refusal to submit to the taking of further impressions and measurements, a warrant was obtained by police authorizing the procedure. On the accused's appeal from his ultimate conviction for murder, the Scottish High Court of Judiciary upheld the issuance of the warrant and the admissibility of the forensic evidence thereby obtained, despite the fact that no statutory authorization existed for the issuance of a warrant of this nature. As the commentary which follows this case in the Criminal Law Review has noted, the decision sanctions "a unique extension of police powers ..."[344] and represents "a landmark in the progress of forensic odontology...."[345]

C. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

Evidence obtained through investigative test procedures that violate the provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*[346] may be excluded by the operation of section 24 of the *Charter*.[347] More fundamentally, one must be cognizant of section

52(1) of the *Constitution Act, 1982*[348] which would render any law that is inconsistent with the *Charter* of no force and effect to the extent of such inconsistency (unless it were declared in accordance with subsection 33(1) that such law should operate notwithstanding the provisions in section 2 or sections 7 to 15 of the *Charter*).

There are four aspects of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* that merit particular examination in the context of investigative tests: (1) protection against self-incrimination; (2) security of the person; (3) unreasonable search or seizure; and (4) cruel and unusual treatment or punishment.

(1) Protection against Self-Incrimination

The first question to be considered is whether the use of any form of investigative testing could be construed as a violation of the statutory privilege against self-incrimination. Very little need be said on this point. The only provisions contained in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* that deal specifically with the so-called privilege against self-incrimination are sections 11(*c*) and 13. The former states that "[a]ny person charged with an offence has the right ... not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence...." The latter states that "[a] witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence." While section 2(*d*) of the *Canadian Bill of Rights*[349] provides in more general terms *inter alia* that:

> [U]nless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, ... no law of Canada shall be construed or applied so as to ... authorize a court, tribunal, commission, board or other authority to compel a person to give evidence if he is denied ... protection against self crimination...

it is amply clear from the case law that the scope of this provision is in reality no wider than that of section 13 of the *Charter*. Pre-trial investigative procedures have been held to fall outside the ambit of section 2(*d*)'s prohibition on a number of occasions. In *Curr* v. *The Queen*,[350] for example, the Supreme Court of Canada dealt *inter alia* with the status of the breathalyzer sections (now

sections 235 and 237) of the *Criminal Code vis-à-vis* section 2(*d*) of the *Bill*. There Laskin J. (as he then was), in delivering the majority judgment,[351] held that "the compelled provision of a breath sample by a person, without concurrent protection against its use in evidence against him, does not offend against the self-crimination guarantee as it is expressed in section 2(*d*)."[352] In His Lordship's words:

> I cannot read section 2(*d*) as going any farther than to render inoperative any statutory or non-statutory rule of federal law that would compel a person to criminate himself *before a court or like tribunal through the giving of evidence*, without concurrently protecting him against its use against him.[353] [Emphasis added]

Ritchie J., who wrote a concurring judgment, expressed the similar opinion that:

> [T]he words "protection against self crimination" as they occur in section 2(*d*) of the Bill of Rights are to be taken as meaning protection against "self-incriminating statements" and not as embracing "incriminating conditions of the body" such as the alcoholic content of the breath or blood.[354]

In *R.* v. *Devison*[355] the judgments of Laskin and Ritchie JJ. were applied by the Appeal Division of the Nova Scotia Supreme Court to preclude the operation of section 2(*d*) with respect to the taking of blood samples. In *Marcoux and Solomon* v. *The Queen*[356] the Supreme Court of Canada decided unanimously that section 2(*d*) had no application to identification parades (that is, lineups). In *R.* v. *Sweeney (No. 2)*[357] the Ontario Court of Appeal dealt with section 2(*d*) in the context of pre-trial psychiatric examinations. Speaking for the Court, Zuber J. A. acknowledged that "a psychiatric or psychological examination does not readily fit within that classification which would make an accused a source of real or physical evidence"[358] and that "[a] mental examination obviously must draw from an accused verbal responses which will bear directly or indirectly on his guilt."[359] Nevertheless, His Lordship was of the opinion that:

> The privilege against self-incrimination in its modern form means only the right of a witness as qualified by the *Canada Evidence Act* ... to refuse to answer certain questions, if the answers will tend to incriminate the witness, and the absolute right of the accused to refuse to go into the witness box... [360]

Recent cases under the *Charter* indicate that such procedures as the taking of breath samples[361] under the *Code*'s breathalyzer provisions and the taking of fingerprints[362] under the *Identification of Criminals Act* do not violate section 11(*c*) of the *Charter*. Nor, it would appear, do such procedures violate the right "to be presumed innocent..." under section 11(*d*) of the *Charter*.[363]

(2) Security of the Person

Section 7 of the *Charter*, which is similar to section 1(*a*) of the *Bill of Rights*, states that "[e]veryone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the *principles of fundamental justice*."[364] [Emphasis added] It is, of course, too early to speculate on the exact meaning and scope of this provision. Recent cases have held, however, that it is not infringed by either the taking of breath samples[365] under the *Code*'s breathalyzer provisions, or by the taking of fingerprints[366] under the *Identification of Criminals Act*.

(3) Unreasonable Search or Seizure

Section 8 of the *Charter of Rights and Freedoms*, which has no clear equivalent in the *Bill of Rights*,[367] states that "[e]veryone has the right to be secure against unreasonable search or seizure." While it is, once again, too early to estimate the impact of this provision, recent cases have held that section 8 of the *Charter* is not infringed by the routine taking of fingerprints[368] from an accused person pursuant to the provisions of the *Identification of Criminals Act*, or by the taking of breath samples[369] in accordance with the *Code*'s breathalyzer provisions.

In the United States unreasonable search or seizure is prohibited by the Fourth Amendment. Although the question of unreasonableness must be determined on a case-by-case basis,[370] in general it would seem that searches without warrant are *prima facie* unreasonable unless justified by some exigent circumstance, namely, the protection of life or the preservation of evidence.[371] In determining the reasonableness of a given search, the courts are required to balance the need to search against the intrusiveness of such search.[372] Searches incident to arrest would appear to be *prima facie* reasonable, subject to possibly overriding "due process" considerations.[373] In *Cupp* v. *Murphy*[374] the non-consensual taking

of fingernail scrapings from a detained suspect was held by the United States Supreme Court not to be in violation of the Fourth and Fourteenth Amendments. In reaching this conclusion, the Court considered "the existence of probable cause, the very limited intrusion undertaken incident to the station house detention, and the ready destructibility of the evidence...."[375]

(4) Cruel and Unusual Treatment or Punishment

Section 12 of the *Charter* provides that "[e]veryone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment." This section is similar to section 2(*b*) of the *Bill of Rights*, which provides that "no law of Canada shall be construed or applied so as to ... impose or authorize the imposition of cruel and unusual treatment or punishment...." Very little case law exists in Canada on the subject of what constitutes cruel and unusual treatment or punishment, although one recent case has held that the taking of fingerprints does not qualify as such under the *Charter*.[376] The possibility of a "cruel and unusual" argument being raised with respect to the involuntary administration of investigative tests of an extremely intrusive nature, however, should by no means be ruled out.

D. Penal Consequences of the Accused's or Suspect's Failure to Co-operate

Current provisions in the *Criminal Code* and other statutes make an accused or suspected person's failure to co-operate in various investigative tests the subject of a specific penalty. Perhaps the most obvious of these provisions are subsections 234.1(2) and 235(2) of the *Criminal Code*, which provide that every one who fails or refuses, without reasonable excuse, to comply with a peace officer's demand for a breath sample under subsections 234.1(1) or 235(1) respectively is guilty of a "hybrid" offence. Subsection 240.1(2) makes unreasonable failure or refusal to comply with a peace officer's request under section 240.1 a summary conviction offence.

Other statutes that govern the administration of investigative tests make no specific mention of any legal consequences for an accused's failure to co-operate. As pointed out in the case of *R.* v.

McLarty (No. 2),[377] for example, an accused who refuses to be fingerprinted under section 2(1) of the *Identification of Criminals Act* may not be compelled by court order to do so (although, by sections 133, 453.4 and 455.6 of the *Code*, failure to *appear* for such purpose may constitute an offence and give rise to the issuance of a warrant for the arrest of the accused for the offence with which he or she is charged).

Refusal to submit to some investigative tests might, however, constitute the offence of obstruction. According to section 118 of the *Criminal Code*:

> Every one who ... resists or wilfully obstructs a public officer or peace officer in the execution of his duty or any person lawfully acting in aid of such an officer ... is guilty of ... an indictable offence and is liable to imprisonment for two years, or ... an offence punishable on summary conviction.

No specific statutory penalty exists for failure to co-operate with psychiatrists or psychologists in the course of examinations authorized under the provisions of the *Criminal Code*. Where an accused has failed to "attend" for "observation" pursuant to a court order under one of the *Code*'s observation provisions, he or she could presumably be liable to contempt proceedings, although it is unclear whether having "attended" an accused could be penalized for refusing to undergo any investigative tests or procedures suggested.

E. Evidentiary Consequences of the Accused's or Suspect's Failure to Co-operate

A major consequence of an accused or suspected person's failure to co-operate with the police or other personnel in their efforts to conduct investigative tests is the possibility that an adverse inference may be drawn by the trier of fact therefrom. Sometimes provision for such possibility is made by statute. Subsection 237(3) of the *Criminal Code*, for example, provides that in any proceedings under section 234 (that is, for impaired driving):

> [E]vidence that the accused, without reasonable excuse, failed or refused to comply with a demand made to him by a peace officer

under section 234.1 or subsection 235(1) is admissible and the court may draw an inference therefrom adverse to the accused.[378]

By section 240.3 of the *Code*, this provision is made applicable to proceedings under sections 240 (impaired navigation or operation of a vessel) and 240.2 (navigation or operation of a vessel when blood alcohol level is over .08) as well.[379]

Even in the absence of statutory provisions, it is clear from the case law that an accused or suspected person's failure to submit to certain investigative procedures may, in some circumstances, have adverse evidentiary consequences. In *Marcoux and Solomon* v. *The Queen*,[380] for example, evidence of one accused's refusal to participate in an identification lineup was admitted at his trial for breaking and entering and theft. Though the Trial Judge acknowledged in his charge to the jury that "[t]here is no statutory authority to force an accused person or a suspect or a person at a police station into a line-up,"[381] he nevertheless invited them "to decide on the totality of the evidence what significance you will attach to Mr. Marcoux's refusal to participate in a suggested line-up."[382] Though the accused's subsequent conviction was appealed on the grounds that evidence of the accused's refusal was inadmissible and that, if it were admitted, the Trial Judge should have instructed the jury that they could draw no adverse inference therefrom, the appeal was dismissed by a majority of the Ontario Court of Appeal,[383] and, ultimately, by the Supreme Court of Canada. Speaking for the Supreme Court, Dickson J. noted that the trial tactics of defence counsel had made this evidence admissible for the purpose of explaining the failure to hold an identification parade.[384]

An accused's refusal to participate in other investigative tests may not be admissible. In *R.* v. *Madden*,[385] for instance, evidence of an accused person's refusal to provide a sample of her handwriting to the police was held to be inadmissible at her trial on a charge of conspiracy to utter forged documents. Locke Co. Ct. J. distinguished the situation from that which existed in the case of *Marcoux and Solomon* on the basis that the accused here had not "opened up" the issue, presumably by suggesting a failure on the part of the police to obtain a handwriting sample. Reserving the right to re-rule in the event that the issue was opened up, His Honour expressed the view that in the circumstances:

> [T]o admit into evidence before the jury testimony as to a refusal to incriminate oneself by giving a handwriting sample, in my view, would impinge upon the presumption of innocence and virtually cast upon the accused a very real, actual burden of proving her innocence, which is not the state of our law at the present time.[386]

In *R.* v. *Shaw*[387] it was held on appeal by the Crown from the accused's acquittal on a charge of impaired driving that the Trial Judge had been correct in refusing to admit evidence of the accused's refusal to perform certain physical tests for the police to determine impairment.[388] As was pointed out in the subsequent case of *R.* v. *Brager*,[389] however, Crown counsel would be entitled to lead evidence of the accused's refusal to submit to such tests where the defence elicited the fact that they were not made.

In *R.* v. *Burns*[390] evidence of an accused's refusal to provide a blood sample to the police was held to be inadmissible at his trial for causing death by criminal negligence in the operation of a motor vehicle.[391]

In *R.* v. *Gowland*[392] the Crown, in response to the accused's raising the defence of drunkenness to a charge of murder, sought to introduce evidence of the accused's refusal to submit to a breathalyzer test some three hours after the killing. Such evidence was proffered by the Crown in part to show that the accused was aware that he was not severely intoxicated. The Trial Judge refused to admit this evidence, however, and his ruling was upheld by the Ontario Court of Appeal.[393]

One exceptional case worthy of comment (and referred to by Martin J.A., *supra*) is *R.* v. *Sweeney (No. 2)*.[394] There the accused had raised the defence of insanity to a charge of murder, and the Crown was permitted to lead rebuttal evidence at trial that the accused had refused to be examined by a Crown psychiatrist and psychologist. An interesting point is that the proposed examination had *not* in fact been authorized by court order, the Trial Judge having refused the Crown's application for an order under paragraph 465(1)(*c*) on the ground that there was no issue of the accused's unfitness to conduct his defence. On appeal to the Ontario Court of Appeal by the accused following his conviction, it was argued that evidence of the accused's refusal to submit to examination should not have been admitted. Speaking for the Court, however, Zuber J. A. dismissed the appeal on the grounds

inter alia: (1) that the accused's refusal was "a fact from which it could be inferred that the defence of insanity was either contrived or so weak that it could not withstand scrutiny,"[95] and was therefore relevant; (2) that although "there is no lawful manner in which an accused can be obliged to speak" and "in general terms, no adverse inference should be drawn from the fact that the accused does not speak...."[96] an exception existed where the defence of insanity had been raised by the accused; and (3) that there was no reason for applying the "trifling probative value but of great prejudicial effect" rule to exclude the evidence.[97]

V.

Issues and Guidelines for the Statutory Regulation of Investigative Tests

As mentioned in Part I of this Working Paper, our desire to regulate and codify investigative test procedures is based essentially on our longstanding adherence to three principles recently enunciated by the Government of Canada. They are worth quoting again. The first principle is that "the criminal law should provide and clearly define powers necessary to facilitate the conduct of criminal investigations ... without unreasonably or arbitrarily interfering with individual rights and freedoms...."[99] The second principle is that "in order to ensure equality of treatment and accountability, discretion at critical points of the criminal justice process should be governed by appropriate controls...."[100] The third principle is that "the criminal law should ... clearly and accessibly set forth the rights of persons whose liberty is put directly at risk through the criminal law process...."[101] Having dealt in Parts II and III with the nature and forensic application of the major investigative tests in current use, and having outlined in Part IV the various legal provisions and considerations by which their administration is presently governed, it is appropriate that we now consider the types of provisions that should be included in any rational and comprehensive codification of investigative test procedures.

A. Prohibited Investigative Tests?

In devising any statutory scheme for the regulation of investigative tests, it is necessary to consider whether any forms of investigative tests ought specifically to be prohibited as "unrea-

sonably ... interfering with individual rights and freedoms..." *per se*. From our review of the various types of tests discussed above, and of the legal issues that may be applicable to them, we are of the opinion that "prohibitable" tests might fall into two categories: (1) tests that have not been shown to be sufficiently reliable from a scientific standpoint; and (2) tests that are inherently inhumane. This having been said, however, there remains the very difficult task of deciding exactly which of those investigative tests discussed would fall into either one of these categories. We would, unfortunately, be forced to rely upon our own judgment and intuition in this regard. Rather than recommending the prohibition of various specific tests, therefore (and running the risk of erroneously omitting or including some tests), we prefer to: (a) enumerate those tests the lawful conducting of which should, in our opinion, be facilitated by either the use of reasonable force or the attachment of consequences for non-compliance; and (b) recommend that other tests be allowed only with the subject's consent.

B. Grounds for Investigative Testing

In order that investigative tests not "arbitrarily [interfere] with individual rights and freedoms...," and "to ensure equality of treatment and accountability...," we are obliged to consider the precise circumstances in which investigative tests should be allowed. It is apparent from our review of the legislation and proposed legislation in other jurisdictions that a number of options exist with respect to the various categories of tests with which we have dealt.

As a preliminary point, we feel that investigative test procedures should not generally be authorized until after the proposed subject has been arrested or charged with an offence, unless the subject has consented. Although pre-arrest investigative testing has been recommended by a majority of New Zealand's Criminal Law Reform Committee in its *Report on Bodily Examination and Samples As a Means of Identification*, primarily on the basis that: "if the procedure applied only to the post-arrest situation, the Police might be tempted to make precipitate arrests to obtain [evidence] which may in fact exclude the suspect,"[40] we

find the position of the Committee's minority to be more persuasive on this point. As they have noted:

> The current standard of suspicion required for arrest is an important part of the remaining fabric of citizens' constitutional safeguards against over-ready interference and detention by State officials.... Though subject to limited statutory exceptions, the time-honoured rule remains that a suspect is free from interference with his person or liberty until he is arrested.[402]

Rather than protect suspected persons from over-zealous police investigators, the availability of non-consensual, pre-arrest investigative testing "might be seen as raising the spectre of *police harrassment*...."[403]

If we exclude the possibility of non-consensual investigative testing prior to the arrest or charging of a proposed subject, there remain several possible options. One approach would be to make investigative testing (or at least some forms thereof) incidental to arrest where certain conditions are met. This approach has been taken in the American Law Institute's *Model Code of Pre-Arraignment Procedure*.[404] Another approach would be to make investigative testing (or at least some forms thereof) automatically permissible once the accused is in lawful custody charged with an offence. This approach has been taken in some Commonwealth jurisdictions.[405] As mentioned earlier, it has been taken under section 2 of the *Identification of Criminals Act*[406] with respect to indictable offences. Under a third approach, which has also been taken in some Commonwealth jurisdictions,[407] investigative testing (or at least some forms thereof) could be allowed only after the proposed subject has been charged and certain further conditions (such as reasonable grounds, and so forth) have been met. A fourth alternative, which has again been adopted in several Commonwealth jurisdictions,[408] would be to permit investigative testing (or at least some forms thereof) only upon the authorization of a senior police officer (and then only, perhaps, upon the meeting of certain conditions[409]). A fifth and final option, again adopted in the legislation of some Commonwealth jurisdictions, would be to require application for a judicial order.[410]

In deciding what circumstances will justify the use of investigative test procedures, we believe that at least three factors must be considered. First, there is the nature of the offence

involved. In the case of some offences, owing either to their intrinsic nature or to the particular circumstances involved, it may be extremely difficult to secure conviction in the absence of certain investigative test results. Driving with a blood alcohol level in excess of .08, for example, may be difficult to prove without the results of breath, blood or urine sample analysis. A second factor that bears consideration is the nature of the investigative test involved. Even where the administration of certain investigative tests is crucial to successful prosecution, there may be cases in which the intrusiveness of the particular test is not justified by the gravity of the offence. Third and finally, we must consider the likelihood that the particular investigative test with which we are dealing will yield probative and admissible evidence relevant to the issue of the accused's guilt *vis-à-vis* the particular offence in question.

It is our opinion, based on this analysis, that at least one of the five approaches to investigative testing discussed above, that is, automatic investigative testing, cannot be supported. Because all investigative tests involve interference with the physical or mental integrity of the subject to one degree or another, we believe that reasonable justification for any proposed test (that is, some legitimate purpose) must be a minimum logical requirement. Such requirement would *inter alia* eliminate the present practice of routinely fingerprinting and photographing all persons charged with indictable offences pursuant to section 2 of the *Identification of Criminals Act*.

One question that must be clearly addressed concerns the class or classes of offence the investigation of which should entail the possibility of compulsory submission to investigative tests. Other jurisdictions have dealt with this issue in a number of different ways. While some have allowed investigative testing (at least with regard to some procedures) only where offences carrying a certain minimum punishment are involved,[411] others have adopted a scheduling approach[412] or have focused on the circumstances of the offence[413] rather than its classification. Although balancing the nature and seriousness of the offence against the procedure involved in each instance might be the most rational approach, this type of fine tuning (assuming it were possible) would, in our opinion, introduce a significant degree of uncertainty and potential inequality into the law. For this reason we generally favour the approach taken in the *Identification of Criminals Act* of limiting

compulsory investigative testing to cases where an indictable offence is involved.

C. Procedural Safeguards

In those cases where investigative test procedures have been authorized by statute (or proposed legislation) in other jurisdictions, various requirements have been included concerning the manner in which such tests ought to be conducted and the uses to which their results may be put. The purpose of such procedural requirements is, presumably, to ensure that authorized investigative tests are conducted in as fair, reliable and uniform a manner as practical. It would appear, however, that the types of safeguards vary significantly depending on the type of test involved, and that there is considerable variation from one jurisdiction to another. Below are discussed the various types of safeguard provisions that may be incorporated into investigative test legislation, as a means of "clearly and accessibly [setting] forth the rights of persons whose liberty is put directly at risk through the criminal law process... "

(1) Warnings

The provisions of some statutes which authorize investigative test procedures require that persons under an obligation to undergo such procedures be warned in advance of the possible consequences of their failure or refusal to do so,[414] or of any right to request an additional test.[415] It is our opinion that the inclusion of warning requirements in any statutory scheme for the regulation of investigative tests would be in keeping with the principle enunciated above. As the Government has noted: "This Principle requires that Canadians be made better aware of their substantive and procedural rights *vis-à-vis* the criminal law."[416] We have, however, omitted from our recommendations below any requirement for a warning concerning the right not to submit to certain consensual (Class IV) investigative tests. In light of the complexity and uncertainty of the law regarding adverse inferences that may in some circumstances be drawn against the accused who exercises this right, we feel that any such warning would run the risk of being incomplete and perhaps dangerously misleading. We are therefore inclined for the time being to leave this matter to counsel.

(2) Maximum Privacy

Some investigative tests clearly involve an intrusion into personal privacy. In an effort to minimize such intrusion, various statutes and proposed statutes have included provisions calling for "the greatest practicable privacy"[417] or "all reasonable regard for privacy"[418] in the administration of investigative test procedures. We concur in principle with the underlying aim of these provisions.

(3) Qualified Personnel

As a basic and self-evident principle, we believe that investigative test procedures, in order to be as reliable and humane as possible, should only be conducted by trained and qualified personnel. This principle is embodied in investigative test provisions in various statutes and proposed statutes.[419]

(4) The Presence of Counsel

Few of the investigative test provisions in the statutes that we have examined expressly require or allow for the presence of the subject's counsel if requested by him or her.[420] Although we believe that arrested or detained persons should continue to enjoy their right under section 10(*b*) of the *Charter* "to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right...," we fear that any benefit accruing from a specific statutory right to have counsel present during investigative testing might be outweighed by the obvious potential problems inherent in its administration. If the other safeguards we are proposing were to be adopted, we would not see the right to have counsel present as an essential protection.

(5) The Presence of One's Own Physician

Another procedural safeguard that is built into the legislation in several jurisdictions where medical examination of accused persons is authorized is the right of the accused to be examined by, or in the presence of, a physician of his or her own choosing.[421] Generally, however, this is not an absolute right, and does not apply in cases where its application "is not reasonably practicable..."[422] or where the delay involved may allow the evidence to "be lost or destroyed or [to] otherwise disappear."[423] Again we are of the opinion that the potential problems inherent in

the administration of such a right might outweigh its potential benefits.

(6) Additional Optional Tests

In some jurisdictions, persons required to undergo certain forms of investigative testing (such as breath tests) are given the statutory option to have other tests that may be inherently more reliable (such as blood tests) performed on them as well.[424]

While we are of the opinion that the philosophy expressed in such provisions might in theory be applicable to all forms of investigative testing, we do not, as a practical matter, see how this philosophy could be statutorily implemented except in the case of blood-alcohol analysis.

(7) Independent Sample Analysis

In some jurisdictions, persons undergoing certain investigative tests have the right either to be given a portion of any samples taken, or to have a portion of any samples taken sent for independent laboratory analysis.[425] Such provisions are analogous to the unproclaimed portions of our current breathalyzer provisions which require that an accused be provided with a specimen of his or her own breath in an "approved container."[426] Although it has been held that the failure to proclaim these provisions does not *per se* infringe the "fair hearing" provisions in either section 2(*e*) of the *Bill of Rights*[427] or section 11(*d*) of the *Charter*,[428] it has been suggested in a recent *obiter dictum* that:

> It may be that on a charge under s. 236 (driving with more than 80 mg. of alcohol in the blood) where the breathalyzer test result is slightly over the legal limit, the failure to provide an accused with a sample so that he can demonstrate the possibility of error, will deprive him of a fair hearing.[429]

In many cases (for instance, in the case of fingernail scrapings where the samples are minute) it may not be practical to divide samples into two parts for separate analyses. In other cases (such as in the case of saliva samples taken for the purpose of ascertaining whether the donor is a "secretor") such procedure may not be necessary, since the accused will always be able to have the same samples taken independently at a later time. Where

the division and separate analysis of samples would be both practical and advantageous, however, we are of the opinion that such safeguard would be both warranted and necessitated by the intrusive and potentially incriminating nature of various investigative tests.

(8) Destruction of Records and Samples

One complaint that has come to our attention concerning the administration of the *Identification of Criminals Act* arises from the current practice under which fingerprint and photographic records of accused persons are retained by the police in a central data bank regardless of the outcome of prosecutions. One fear, apparently, is that such records may somehow fall into the wrong hands or be misused in some way that will prejudice innocent civilians in the pursuit of legitimate endeavours.[430] As the Law Reform Commission of Australia has further argued:

> In the case of an innocent person, the very knowledge that such information is so stored may be a source of anguish and discomfort. That discomfort may be particularly well founded in the case of photographs. As the Victorian Committee pointed out, one can easily envisage situations where the presence of one's photograph in a police "rogue's gallery," open to the inspection of lay victims and witnesses as well as policeman, might be damaging to one's reputation. Fingerprints, voice-prints and the like are less obviously a potential source of embarrassment. The objection in principle to their retention still holds, based on the privacy claim that individuals should have control, so far as is possible, over the information which is stored and disseminated about them.[431]

In some jurisdictions, such objections have been quelled by remedial provisions in various statutes.[432]

We share many of the concerns that have been expressed, and we acknowledge the importance of developing appropriate regulations with respect to the storage of investigative test records and samples, and access thereto. However, we are not persuaded that the retention of investigative test records or samples poses a threat to the rights of the individual which is of sufficient significance to require their destruction simply because the subject to whom they relate has been acquitted of, or not prosecuted with respect to, the offence charged. Rather, we are inclined to believe that the destruction of some records in these circumstances is more likely

to hamper the legitimate function of the police in the detection of crime and the protection of society as a whole than to constitute a useful and valuable safeguard for the privacy of innocent individuals. Fingerprint records, for example, might be crucial in the investigation of serious offences committed by persons who for one reason or another have escaped conviction for other offences of which they were in fact guilty. Where they have been reasonably and lawfully obtained, can it be said that their retention "unreasonably or arbitrarily [interferes] with individual rights and freedoms..."?

D. The Consequence of Violation of Procedural Requirements

Adherence to the procedural requirements of investigative test legislation may be enhanced *inter alia* by: (1) the enactment of a penalty for violation of such requirements (such as liability to criminal or police disciplinary proceedings); or (2) the exclusion of any evidence obtained as the result of such violation. The former method has, for example, been adopted in Part VI of the United Kingdom's *Police and Criminal Evidence Bill* of 1983.[433] The latter method has, however, been advocated in certain circumstances by the Royal Commission on Criminal Procedure in its 1981 *Report*. As the Commission has so eloquently argued:

> Where certain standards are set for the conduct of criminal investigations, citizens can expect, indeed they have a right, to be treated in accordance with those standards. If they are not so treated, then they should not be put at risk nor should the investigator gain an advantage.[434]

In their view:

> The courts have the responsibility for protecting the citizen's rights. The most appropriate way to do so in these circumstances is to remove from the investigator his source of advantage and from the accused the cause of his risk, that is to exclude the evidence. If this principle is applied, exclusion of good evidence irregularly obtained is the price to be paid for securing confidence in the rules of criminal procedure and ensuring that the public sees the system as fair.[435]

We are, with the greatest respect, in substantial agreement with the views of the Royal Commission. It is our opinion, however, that the question of whether exclusion should be automatic or discretionary remains to be considered. Under the provisions of some "investigative test" statutes, non-observance of only certain statutory requirements will automatically result in exclusion.[436] Under others, exclusion is discretionary.[437] In our view the possibility of having reliable evidence routinely excluded as the result of minor or inadvertent defects in formalities ought to be avoided. We believe that the consequences of a failure by the authorities to observe procedural requirements in the carrying out of investigative tests should vary depending on the nature and seriousness of the violation. We therefore recommend that exclusion not be automatic.

E. Ensuring the Subject's Co-operation

As mentioned in Part IV of this Working Paper, there are basically three ways by which we may seek to enforce the subject's compliance with any lawful investigative test procedures. One method would be to allow the use of reasonable force where necessary. This has been done in Canada's *Identification of Criminals Act* as well as in legislation and proposed legislation relating to investigative tests in other jurisdictions.[438] A second method for ensuring the subject's submission to investigative test procedures would be to enact a penalty for refusal to participate in such testing. This has also been done in the statutes of several jurisdictions.[439] In some jurisdictions, investigative test legislation allows for the imposition of a penalty for refusal to submit to various procedures *in addition to* authorizing the use of force by police officers.[440] A third available method of enforcement is the enactment of a provision permitting the trier of fact to draw an adverse inference at trial from the accused's failure to participate in a given investigative test.[441] In some jurisdictions, failure or refusal to undergo certain types of investigative tests may both allow the drawing of an adverse inference and render the accused liable for a separate offence. This, as mentioned in Part IV of this Working Paper, is the present situation under the current breathalyzer provisions of our *Criminal Code*.[442]

Having considered the available alternatives with reference to the investigative test procedures it approved of in its 1978 *Report on Bodily Examination and Samples as a Means of Identification*, a majority of the New Zealand Criminal Law Reform Committee ultimately opted for the first mentioned solution, namely, the allowing of a certain degree of force. As it stated:

> In the end ... we decided that it would be necessary to permit the use of such reasonable force as may be necessary to execute an order, even if this were to involve the overcoming of physical resistence to the order.[443]

The Committee went on to explain:

> We were driven to this conclusion by the weaknesses inherent in the other alternatives. Where the refusal to comply with an order is by a suspect who has not been arrested the evidence necessary to bring him to trial may never otherwise be obtained and thus the possibility of adverse comment at his trial may not eventuate. Meanwhile, to punish non-compliance as contempt or as a separate offence may have the practical effect of enabling the suspect to elect the offence for which he will be dealt with — the crime under investigation (which may be murder), or the relatively lesser offence of non-compliance with an order or contempt. This would of course defeat the purpose of the procedure.[444]

The Committee concluded:

> We therefore recommend that the person authorised by the order to carry out the examination or to take the sample, and any police officer assisting the person so authorised, be empowered to use such reasonable force as may be necessary to carry out the examination or to secure the samples that the order specifies.[445]

It is submitted, however, that the sanctioning of reasonable necessary force would not be practical in the case of investigative tests that require active participation on the part of the accused (see Part II.B. above). Any attempt to compel active participation through the use of force would necessarily amount to physical intimidation rather than reasonable force.

In its 1981 *Report*, the United Kingdom's Royal Commission on Criminal Procedure clearly felt that the manner by which submission to investigative test procedures should be enforced varied with the nature of the procedure involved. As it stated:

> There is a case in some circumstances for the police to be able to take samples from a suspect or to submit him to medical examination without his consent. But in respect of certain kinds of body sample, for example blood, semen and urine, it is difficult to see how procedures for these purposes could be made effective, or are even acceptable, whether with or without judicial authority.[646]

In the Commission's opinion: "The use of physical compulsion to obtain intimate body fluids, such as blood or semen, seems to us to be objectionable, and none of us would recommend that it should be made lawful to obtain such samples in this way."[647] On the other hand, the Commission felt that:

> [W]here the intrusion is not so intimate, for example the examination of the finger nails for forensic purposes, or the taking of samples of hair, or even of saliva, we consider that such physical examination or the taking of such samples should be permitted under compulsion, where evidence is sought tending to confirm or disprove the suspect's involvement in any grave offence. We do not see this as being any more serious an intrusion on the suspect's person than the type of body search to which we have referred in paragraph 3.118.[648]

We believe that the question of appropriate enforcement measures cannot be considered in isolation and should ideally be considered with reference to at least three factors: (a) the gravity of the offence involved; (b) the intrusiveness of the investigative test proposed; and (c) the potential probative value of evidence likely to be produced by the administration of the investigative test proposed.

F. Liability of Persons Conducting Investigative Tests

It goes without saying that persons acting competently within the confines of any statutory scheme for the regulation of investigative test procedures should be protected from legal liability.[649] As previously mentioned, provisions in various Canadian statutes have been enacted which accomplish this purpose in one way or another with respect to some investigative tests presently authorized.

G. Liability for Failure to Conduct Investigative Tests

Another question that must be considered is what statutory obligation (if any) ought to rest on physicians and other qualified personnel with regard to the conduct of investigative tests. Here, it would seem, there are three possible approaches. One approach would be statutorily to compel physicians (and others) to conduct certain investigative tests as a matter of course in certain circumstances. Legislation of this type has been enacted in at least one Commonwealth jurisdiction with regard to the taking of blood samples in motor vehicle accident cases.[450] A second approach would be to place physicians under compulsion to conduct certain investigative tests only where they have been specifically required by a law enforcement officer to do so. (This approach would, in effect, be an extension of paragraph 118(*b*) of the *Criminal Code* which presently makes every one who "omits, without reasonable excuse, to assist a public officer or peace officer in the execution of his duty in arresting a person or in preserving the peace, after having reasonable notice that he is required to do so..." guilty of an offence). Legislation of this type has again been enacted in at least one Commonwealth jurisdiction with regard to the taking of blood samples in motor vehicle accident cases.[451] A third approach, and the one favoured by this Commission, would be to forgo the enactment of any statutory provision that would compel physicians, or any other persons not employed by the government for that particular purpose, to conduct any form of investigative test under any circumstances. It is our opinion that the conscription of physicians into the area of criminal investigation and law enforcement would constitute both an unjustified infringement of the individual rights of private physicians and, in some instances, an unconscionable intrusion into the special relationship of doctor and patient.

H. Alcohol, Drugs and Driving Offences — Special Considerations

The use of certain investigative tests in the context of drug-related and alcohol-related driving offences may involve special considerations. It is arguable in fact that the placing of persons

who operate motor vehicles — particularly those who consume drugs or alcohol beforehand — outside the general regime is required in order to maintain the "balance between individual liberties and the provision of adequate powers for the state to allow for effective crime prevention and control...."[452] Such persons can fairly be taken to have waived certain rights; in light of the very grave danger to the public posed by intoxicated driving, they may, in our opinion, legitimately be the subject of more specialized procedures.

(1) The Problem

Many would view the *Code*'s current breathalyzer provisions as inadequate in at least two major respects. First, there is the problem that arises in the case of drivers whose physical condition (for example, respiratory problems, mouth injury) or mental condition (such as unconsciousness) impedes the providing of a breath sample. Although blood-alcohol concentration may be objectively determined by analysis of substances other than breath, the *Criminal Code* provides specifically in subsection 237(2) that:

> No person is required to give a sample of blood, urine or other bodily substance for chemical analysis for the purposes of this section except breath as required under section 234.1, 235 or 240.1, and evidence that a person failed or refused to give such a sample or that such a sample was not taken is not admissible nor shall such a failure or refusal or the fact that a sample was not taken be the subject of comment by any person in the proceedings.

In the absence of statutory authorization, the taking of blood, urine or other body substance samples will constitute an assault unless the consent of the subject is first obtained.[453] As indicated in sections 234.1, 235, 237, 240.1 and 240.3, moreover, the existence of a "reasonable excuse" will preclude both penal and adverse evidentiary consequences from arising as the result of any person's failure or refusal to comply with a demand for a breath sample.

The fact that the *Code* only authorizes the mandatory taking of breath samples points up what is perceived to be the second major inadequacy in the current provisions, namely, that which arises in cases where intoxication or the cause thereof cannot objectively be determined through breath analysis alone (for example, where drugs other than alcohol have been ingested).[454]

(2) The Alternatives

There are several alternative approaches that may be taken in order to meet the difficulties just described. Each involves consideration of two issues: expansion of the category of body substances that may be required; and methods of enforcement.

(a) Expanding the Category of Body Substances That May Be Required

There is a variety of body fluids and tissues that, like breath samples, may be analyzed to determine whether intoxicating substances have been ingested. Amongst the most useful are such substances as blood, urine, vitreous humour, stomach contents and liver tissue.[455] The usefulness of most of these substances for our purposes, however, is limited (a) by obvious practical problems involved in the taking of suitable specimens from living persons, and/or (b) by the difficulty in establishing a reliable correlation between the results of chemical analysis of the specimens and the degree (if any) of impairment at the relevant time. Suffice it to say that of the body substances we have considered, it is our opinion that (apart from breath) blood and urine are the only two that are even *potentially* acceptable from both a practical and scientific standpoint. An apparently similar view prevails in those Commonwealth jurisdictions that have enacted legislation requiring motorists to provide specimens of body substances other than, or in addition to, breath.[456] In assessing the comparative value of blood and urine specimens for our purposes, it is necessary that we consider three basic questions: (1) the extent to which the presence and proportion (if any) of alcohol or other drugs may be determined in each; (2) the extent to which the present proportion (if any) of alcohol or other drugs in each can be used to determine the proportion of alcohol or other drugs in the blood at the relevant time; and (3) the extent to which a useful inference can be made concerning impairment from the proportion of alcohol or other drugs in the blood at the relevant time.

Can the presence and proportion (if any) of alcohol or other drugs be determined?

As mentioned in Part II of this Working Paper, the presence and proportion (if any) of alcohol in a given sample of blood or urine may be quite reliably and accurately determined through the

use of a number of modern scientific techniques.[457] The presence, identity and proportion (if any) of a drug (or metabolite thereof) in a given sample of blood or urine may also be reliably and accurately determined in many cases, though such determination has its limitations and may be problematic due to a number of factors.[458]

Can the present proportion (if any) be used to determine the proportion (if any) of alcohol or other drugs in the blood at the relevant time?

It is generally agreed that relating the proportion of alcohol in a given blood sample to the proportion of alcohol in the donor's blood at the relevant time (namely, the point when the donor "drives a motor vehicle or has the care or control of a motor vehicle...") with any precision can pose significant problems.[459] Because it is likely that in most cases the sample will have been taken after peak blood-alcohol concentration has been reached, however,[460] the presumption contained in subparagraph 237(1)(*c*.1) of the *Code* is not unreasonable insofar as it will generally be favourable to the accused. As that provision states:

> [W]here a sample of blood of the accused has been taken, if the sample was taken as soon as practicable after the time when the offence was alleged to have been committed and in any event not later than two hours after that time, evidence of the result of a chemical analysis of the sample of blood is, in the absence of any evidence to the contrary, proof of the proportion of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed....

Because the dynamics of non-alcoholic drug absorption and removal may be far more complex, however, the logic and/or fairness of a similar presumption regarding blood-drug concentration would be more difficult to support. The extent to which an expert witness will be able to estimate previous blood-drug concentration from blood sample analysis will depend on a number of factors and will vary from case to case.

Urine samples are somewhat more problematic than blood samples as regards the problem of "relating back." Interpretation of test results may be confounded *inter alia* by questions as to how full the bladder was prior to drug or alcohol ingestion, and how long it has been since the bladder was last voided.[461] Although, in

the case of alcohol analysis, such problems can be largely alleviated by the taking of two samples,[462] interpretation of drug concentrations in urine poses more significant difficulties.[463]

Can a useful inference be made about impairment from the proportion (if any) of alcohol or drugs in the blood at the relevant time?

Although the ability of specific non-alcoholic drugs to impair skills that may be relevant to safe driving may be fairly well established, it is doubtful that any well-developed and validated system for detecting and measuring the impairing effects of non-alcoholic drugs on driving currently exists.[464] There is, however, a great deal more experimental evidence as to the impairing effect of alcohol ingestion on driving ability than presently exists regarding the effect of non-alcoholic drug ingestion on driving ability.[465] Perhaps for this reason, the current provisions of the *Criminal Code* contain a statutory inference of sorts concerning the effect of more than 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood.[466] While the creation of similar statutory inferences concerning the effects of specified amounts of non-alcoholic drugs would appear to be problematic (particularly when one considers the number of drugs that may induce impairment),[467] it is our view that this fact does not, in itself, constitute a conclusive argument against the enactment of body substance test provisions for the purposes of determining non-alcoholic drug impairment. As mentioned in Part III of this Working Paper, the current breathalyzer provisions may be resorted to for the purpose of gathering evidence with respect to the offence of impaired driving, despite the fact that proof of a given blood-alcohol level may not in itself be sufficient to establish impairment of the ability to drive for the purposes of section 234 or subsection 240(4) of the *Code*[468] and that expert evidence relating the accused's blood-alcohol content to impairment may be required.[469] More to the point is the fact that in many (or perhaps most) cases, it will be either extremely difficult or impossible for an expert to draw inferences as to impairment from blood-drug concentrations alone.[470] It is our opinion, however, that an inability to link impairment of the ability to drive to a given blood-drug level does not diminish the corroborative or explanatory value of blood-drug analysis in cases where there exists independent evidence of impairment. This fact was recognized by the Australian Law Reform Commission in 1976. Having noted that:

> In the present state of knowledge and given the presently available equipment and techniques the only appropriate legislative means of control is that afforded by the offence of driving under the influence of drugs or driving under the influence of alcohol or drugs[471]

the Commission went on to state that "it is appropriate to allow for likely technological advances in this area and to make provision accordingly that suspects may be required in certain cases and subject to proper limitations and restrictions, to provide body samples."[472] In their view:

> Legislation should allow as far as possible for development in methods of ascertaining from body samples the presence and quantity of drugs present in the body where the Breathalyzer, admissions or other available evidence do not explain impaired behaviour.[473]

(b) Methods of Enforcement

As mentioned earlier, there are basically three methods of ensuring compliance with any statutory scheme devised for the testing of body substances. One method is to enact a penalty for unreasonable failure or refusal to comply with a lawful demand for a sample. This method has been adopted in connection with the *Code*'s current breathalyzer provisions. It has been used for enforcing the requirement for other body substance samples in other Commonwealth jurisdictions.[474] A second alternative is to allow for the admission into evidence of any such unreasonable failure or refusal as a fact from which the court may draw an inference adverse to the accused. Once again, this method has been noted above in connection with the *Code*'s breathalyzer provisions. Adverse inferences have been statutorily permitted in other jurisdictions in connection with unreasonable failure to provide body substance samples.[475] Third and finally is the option of resort to reasonable force. Though not currently available for the purpose of obtaining body substances from drivers in Canada, reasonable force may be employed in analogous circumstances: for example, in the taking of fingerprints under section 2 of the *Identification of Criminals Act*.[476]

In our opinion, neither penalty nor adverse inference would be appropriate where what is being sought from the subject is a urine sample. While, for example, the cases in which a failure or refusal to comply with a lawful demand for a breath sample would be reasonable might be rare indeed, it is extremely doubtful that the

same could be said with regard to urine samples. Unlike breath samples, urine samples cannot generally be provided at will.[477] In any case where there has been a failure or refusal to comply, therefore, it may be difficult (if not impossible) to ascertain whether such failure or refusal was reasonable. While the technique of catheterization might in theory overcome some problems, it is difficult to see how any failure to submit to so unpleasant a procedure could ever be considered unreasonable. Resort to force would be clearly objectionable, particularly when one considers the limitations on the probative value of urine samples (discussed above) and the provisions of sections 7, 8, and 12 of the *Charter*.

Where blood samples are concerned, it is our view that a much stronger argument can be made in favour of a penalty for non-compliance. Venipuncture (perhaps the most suitable method for taking blood samples for drug or alcohol analysis) is a routine medical procedure which, when performed by qualified individuals under appropriate conditions, is both reasonably safe and painless.[478] It may result in the obtaining of relevant and, in many cases, highly probative evidence. We do not, however, recommend the statutory sanctioning of an adverse inference[479] to be drawn from the accused's unreasonable failure or refusal to submit to the taking of a blood sample. There may, in our opinion, be a variety of possible (albeit unreasonable) motives for such failure or refusal which have no logical link to consciousness of guilt.

It is also our opinion that resort to reasonable force ought not to be sanctioned where blood samples are sought in connection with an offence under sections 234, 236, subsection 240(4) or section 240.2 of the *Code*. Although the forcible taking of blood samples might in certain circumstances be justifiable in the course of investigating more serious offences, the higher risk to safety associated with force, coupled with the higher level of intrusiveness, dictates that it be restricted to exceptional situations and involve prior judicial authorization.

We have also considered the question of whether the non-consensual taking of blood specimens from unconscious drivers should be permitted. In the case of the unconscious driver believed by a peace officer on reasonable and probable grounds to have committed an alcohol-related offence of the type described in sections 234, 236, subsection 240(4) or section 240.2 of the *Criminal Code*, we believe it should. We decline, however, to make such a

recommendation in the case of (non-alcoholic) drug-related driving offences, in light of the probative limitations of blood-drug analysis discussed above.

Several arguments may, of course, be advanced in support of the contrary position. First, it may be argued that, unless medically indicated for treatment purposes, such procedure may unduly endanger the health or safety of the subject. Second, it may be argued that the non-consensual taking of blood specimens from unconscious drivers would place them in a worse position than conscious drivers who, though perhaps liable to criminal penalty, would be able to refuse to submit to the procedure. Finally, it may be argued that a special provision of the type contemplated is not really necessary; where samples are taken in the course of proper emergency treatment, it may be possible to arrange for their seizure and analysis at some later time.[480] These arguments may raise considerations under sections 7, 8, 12 and 15(1) of the *Charter*. On balance, however — and considering the enormity of the problem caused by drinking drivers, and in particular chronic offenders, in this country — we do not find them convincing. To begin with, as mentioned earlier, the standard techniques for the taking of blood specimens are routine and generally entail few risks. Any residual concerns as to health and safety could, in our view, be dealt with adequately by the enactment of provisions that permit such non-therapeutic blood sampling to be carried out (a) in cases where the person has been hospitalized or is undergoing emergency medical treatment, only once it has been ascertained that the attending physician does not object to the procedure on medical grounds; and (b) only if it is performed by persons qualified by professional training. In addition, it must be pointed out that if the taking of blood samples were only permissible if done pursuant to a demand, unconscious drivers — many of whom will have entered that state as a result of gross intoxication and/or serious accident — would enjoy an unfair advantage over conscious ones. Indeed, this state of affairs might act as an inducement for drinking drivers to feign unconsciousness in order to escape blood sample demands. It is our further belief that the effective prosecution of drinking drivers involved in serious accidents ought not to be contingent on the possibility of obtaining suitable evidence from "left-over" blood specimens outside the control of law enforcement officers or their agents. Provided that they are taken subject to the conditions mentioned earlier and pursuant to a warrant obtained upon reasonable and probable grounds, and taking into consideration the

provision contained in section 1 of the *Charter*,[481] it seems to us that the non-consensual taking of blood samples from unconscious drivers is entirely justifiable.

I. Our Recommendations

As the result of the foregoing discussion, we have formulated a number of recommendations regarding the manner in which the administration of investigative test procedures ought to be statutorily regulated. These recommendations, while not intended as an exhaustive and detailed prescription for the codification of investigative test procedures, comprise what we feel at least to be the basic guidelines for the creation of any such statutory scheme. In addition to our general recommendations, we have included some specific recommendations designed to deal with investigative tests in the context of drug-related and alcohol-related driving offences.

We wish to emphasize that our proposed regulation of investigative test procedures is *not* intended as a recommendation that adherence to the proposed procedures should automatically render the evidence thereby obtained admissible.

Our recommendations are as follows:

(1) General

(a) Definitions

RECOMMENDATION

1. That for the purpose of statutory codification the term "investigative test" should be defined as meaning one of the four classes of procedures defined in Recommendations 3 to 6 below.

The purpose of this recommendation, coupled with Recommendations 3 to 6 below, is to limit the types of investigative test procedures that may be conducted without the consent of the subject and without legal liability attaching to the persons who conduct them.

RECOMMENDATION

2. That, notwithstanding anything in these recommendations, for the purpose of statutory codification all classes of investigative tests should be defined so as to exclude from their scope:

(a) any procedure that does not require either physical contact with the subject or the subject's conscious co-operation; and

(b) any identification procedure to which a person convicted of a criminal offence may be subjected in a prison or penitentiary.

This recommendation is designed to make clear that we are not here concerned with the regulation of procedures: (a) that in no way interfere with, or constitute an intrusion upon, the physical or mental integrity of the subject; or (b) that are not really "investigative" in nature, since they occur after prosecution has been completed.

RECOMMENDATION

3. (1) That, subject to part (2) of this recommendation, for the purpose of statutory codification a Class I investigative test should be defined so as to include only the following procedures:

(a) inspection of the body of the subject for the sole purpose of detecting identifying features, which would not otherwise be visible to the naked eye, in the nature of tattoos, wounds, scars, birth marks or other physical peculiarities, etc.;

(b) medical examination (provided that such procedure does not involve the removal or attempted removal of substances from the interior of the subject's body, any surgical procedure, the taking of X-rays or fluoroscopic pictures, or the administration of any drug or other substance to the subject);

(c) the photographing of the subject;

(d) the taking of prints or impressions from any exterior part of the subject's body;

(e) the taking of hair combings or clippings from the subject;

(f) the taking of scrapings or clippings from the subject's fingernails; and

(g) **the removal or attempted removal of residues or substances from the external body of the subject by means of washings, swabs or adhesive materials.**

(2) That, notwithstanding part (1) of this recommendation, for the purpose of statutory codification Class I investigative tests should be defined so as to exclude from their scope any procedure that requires the subject to expose his or her private parts.

The purpose of this recommendation is to isolate what we feel are the least intrusive forms of allowable compulsory investigative tests in order that a distinct set of procedures may be attached to them.

RECOMMENDATION

4. That for the purpose of statutory codification a Class II investigative test should be defined so as to include only the following procedures:

(a) **inspection of the body of the subject (as narrowly defined in Recommendation 3(1)(a) above) in which the subject is required to expose his or her private parts;**

(b) **medical examination (as narrowly defined in Recommendation 3(1)(b) above) in which the subject is required to expose his or her private parts, provided that such examination does not involve the removal or attempted removal of substances from the subject's private parts;**

(c) **the taking of saliva samples from the subject; and**

(d) **the making of dental or bite impressions.**

The purpose of this recommendation is to isolate what we feel are the second least intrusive forms of allowable compulsory investigative tests in order that a distinct set of procedures may be attached to them.

RECOMMENDATION

5. That for the purpose of statutory codification a Class III investigative test should be defined as meaning the taking of blood samples from the subject.

The purpose of this recommendation is to isolate what we feel is the most intrusive form of allowable compulsory investigative test in order that a distinct set of procedures may be attached to it. In light of the intrusiveness of this procedure, we consider Recommendation 5 to be a very tentative one. If it were to be deleted, the taking of blood samples would automatically become a Class IV investigative test and would therefore be allowable only on consent (see below).

RECOMMENDATION

6. That for the purpose of statutory codification a Class IV investigative test should be defined as any procedure (excluding simple interrogation, surveillance, the search of a place and the search of the person for concealed or foreign objects or substances) that is not a Class I, II or III test, whereby a person in authority or any agent of such person endeavours to obtain or record from a person suspected or accused of having committed a criminal offence, information concerning, or an exhibition of:

(a) the physical or mental condition or characteristics of that person;

(b) the offence in question; or

(c) the location of possible evidence relating to the offence in question.

The purpose of this recommendation is to isolate those forms of investigative tests that, because of their nature, either cannot or should not be performed on unwilling subjects through the application of reasonable force, in order that a distinct set of procedures may be attached to them. Included in this class are tests that clearly require the active participation of the subject, and tests that are not included in other classes because of their extreme intrusiveness or because their scientific reliability has not been satisfactorily established.

(b) Procedure

RECOMMENDATION

7. That, except as may otherwise be provided in these recommendations, the carrying out of investigative test procedures

should be statutorily prohibited in the course of investigating summary conviction offences except with the consent of the subject.

The purpose of this recommendation is self-explanatory. As mentioned earlier in the Working Paper, we feel that compulsory investigative testing should generally only be permissible in the course of investigating the more serious (that is, indictable) offences.

RECOMMENDATION

8. That in no case should the carrying out of any Class I investigative test (as defined in Recommendation 3 above) be permitted except:

(a) with the subject's consent; or

(b) where the subject of the proposed investigative test has been arrested or charged with an offence, and

(i) a peace officer on reasonable and probable grounds believes that the carrying out of the proposed investigative test is likely to provide evidence of, or relating to, the offence in question, or

(ii) a peace officer on reasonable and probable grounds doubts whether the subject's identity has been sufficiently established, and believes on reasonable and probable grounds that the proposed test is likely to provide evidence of the subject's identity.

The purpose of this recommendation is to allow Class I investigative tests to be compulsorily conducted (see Recommendation 12) only in cases where some legitimate investigative function is served. The test is not designed to be very onerous, given the low degree of intrusiveness of the tests involved, although it should prevent totally random or arbitrary investigative testing.

RECOMMENDATION

9. (1) That in no case should the carrying out of any Class II investigative test (as defined in Recommendation 4 above) be permitted otherwise than:

(a) with the subject's consent; or

(b) pursuant to a judicial order issued for that purpose after the subject of the proposed investigative test has been arrested or charged with an offence; or

(c) pursuant to the written authorization of an "officer in charge" as defined by the *Criminal Code*.

(2) That in no case should an officer in charge be permitted to authorize the carrying out of any Class II investigative test except where:

(a) the subject of the proposed investigative test has been arrested or charged with an offence;

(b) the officer in charge on reasonable and probable grounds believes that the carrying out of the proposed investigative test is likely to provide evidence of, or relating to, the offence in question; and

(c) the officer in charge on reasonable and probable grounds believes that the delay that would be caused by applying for an investigative test order would result in the destruction or disappearance of the evidence toward which the proposed investigative test is directed.

(3) That, at a minimum, in no case should the issuance of a judicial investigative test order be authorized except where:

(a) the subject of the proposed investigative test has been arrested or charged with an offence; and

(b) there are reasonable and probable grounds to believe that the carrying out of the proposed investigative test is likely to provide evidence of, or relating to, the offence in question.

The purpose of this recommendation is to allow Class II investigative tests to be compulsorily conducted (see Recommendation 12) only in cases where some legitimate investigative function is served. Here, however, because the types of tests concerned are somewhat more intrusive than Class I tests, there is additional control on their use. This recommendation is designed to make application for a judicial order the procedure of choice, to be dispensed with only in exigent circumstances.

RECOMMENDATION

10. That, except as otherwise provided in these recommendations, in no case should the carrying out of any Class III investigative test (as defined in Recommendation 5 above) be permitted otherwise than:

(a) with the subject's consent; or

(b) pursuant to a judicial order issued for that purpose after the subject of the proposed investigative test has been arrested or charged with an offence.

The purpose of this recommendation is again to allow Class III investigative tests to be compulsorily conducted (see Recommendation 12) only in cases where some legitimate investigative function is served. Because the type of test involved is the most intrusive allowable, there is maximum control on its use. Although we have not specified in Recommendation 10 the exact conditions under which it would be appropriate for a judicial order authorizing a Class III investigative test to issue, we would envision a more onerous test than that described in Recommendation 9. In each case, the making of such an order should involve *inter alia* a careful weighing of the intrusiveness of the proposed procedure against the cogency of the evidence likely to be obtained.

RECOMMENDATION

11. That, except as otherwise provided in these recommendations, the carrying out of any Class IV investigative test (as defined in Recommendation 6 above) should in no case be permitted except with the consent of the subject.

The purpose of this recommendation has been explained in the commentary to Recommendation 6.

RECOMMENDATION

12. That where a person fails or refuses without reasonable excuse to submit to a Class I, II, or III investigative test the carrying out of which would be lawful in accordance with the above recommendations, reasonable force should be allowable for the purpose of compelling such person to do so.

This recommendation is self-explanatory. Because we are dealing with indictable offences, it is doubtful that any other method of enforcement (for instance, adverse inference or summary conviction offence resulting from failure or refusal to co-operate) would be effective. This recommendation is not intended to allow the use of force in order to carry out an investigative test to which the subject has consented where the subject has subsequently withdrawn his or her consent, unless the carrying out of the test is otherwise authorized under these recommendations.

(2) Alcohol, Drugs and Driving Offences

RECOMMENDATION

13. That where a peace officer on reasonable and probable grounds believes that a person is committing, or at any time within the preceding two hours has committed, the offence of

(a) driving or having the care or control of a motor vehicle while his or her ability to drive is impaired by alcohol; or

(b) navigating or operating a vessel [or having the care or control of a vessel] while his or her ability to navigate or operate a vessel is impaired by alcohol; or

(c) driving or having the care or control of a motor vehicle after having consumed alcohol in such a quantity that the proportion thereof in his or her blood exceeds 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood [; or

(d) navigating or operating an aircraft, assisting in the navigation or operation of an aircraft, or having the care or control of an aircraft while his or her ability to navigate or operate an aircraft is impaired by alcohol; or

(e) navigating or operating a vessel or having the care or control of a vessel after having consumed alcohol in such a quantity that the proportion thereof in his or her blood exceeds 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood; or

(f) navigating or operating an aircraft, assisting in the navigation or operation of an aircraft, or having the care or control of an aircraft after having consumed alcohol in such a quantity that the proportion thereof in his or her blood exceeds 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood]

such peace officer should be entitled, by demand made to that person forthwith or as soon as practicable, to require him or her to provide them or as soon thereafter as is practicable such samples of his or her breath as in the opinion of a "qualified technician" (as defined in the *Criminal Code*) are necessary to enable a proper analysis to be made in order to determine the proportion, if any, of alcohol in his or her blood, and to accompany the peace officer for the purpose of enabling such samples to be taken.

The purpose of this recommendation is basically to retain the provisions in subsections 235(1) and 240.1(1) of the *Criminal Code* relating to breath sample demands, incorporating (in square brackets) the gist of those amendments set out in the recently proposed *Criminal Law Amendment Act, 1983* (issued by the Minister of Justice in July of 1983). We have included the portions in square brackets solely for the sake of completeness. Although we see no reason why there should not be substantial uniformity regardless of whether a motor vehicle, vessel or aircraft is involved, we do not consider the words in brackets as being essential to our recommendation.

RECOMMENDATION

14. That where a peace officer on reasonable and probable grounds believes that a person is committing, or at any time within the preceding two hours has committed, the offence of

(a) driving or having the care or control of a motor vehicle while his or her ability to drive is impaired, either wholly or in part, by a drug other than alcohol; or

(b) navigating or operating a vessel [or having the care or control of a vessel] while his or her ability to navigate or operate a vessel is impaired, either wholly or in part, by a drug other than alcohol [; or

(c) navigating or operating an aircraft, assisting in the navigation or operation of an aircraft, or having the care or control of an aircraft while his or her ability to navigate or operate an aircraft is impaired, either wholly or in part, by a drug other than alcohol]

such peace officer should be entitled, by demand made to that person forthwith or as soon as practicable, to require him or her to submit them or as soon thereafter as is practicable to having such a sample

of his or her blood taken from his or her body as in the opinion of a qualified medical practitioner is necessary to enable a proper analysis to be made in order to determine the proportion, if any, and identity, of any drugs in his or her blood, and to accompany the peace officer for the purpose of enabling such sample to be taken.

The purpose of this recommendation is to permit a demand for a blood sample to be made in cases similar to those in which breath samples can be demanded, where the reasonably believed (total or partial) cause of impairment is a drug other than alcohol. It is similar to provisions enacted in other Commonwealth jurisdictions.[482] This recommendation would not preclude the prior demand for a breath sample under the previous recommendation where the preconditions have been met; in many cases it might only be following breath analysis that non-alcoholic drug impairment is reasonably believed by the peace officer to exist.[483] As regards the words in square brackets, our comments on this point after Recommendation 13 apply here as well.

RECOMMENDATION

15. That, subject to Recommendation 17, when a person from whom it would otherwise be lawful under Recommendation 13 to require breath samples is unable by reason of injury or illness to provide such samples, a peace officer should be entitled, by demand made to that person forthwith or as soon as practicable, to require him or her to submit then or as soon thereafter as is practicable to having such a sample of his or her blood taken from his or her body as in the opinion of a qualified medical practitioner is necessary to enable a proper analysis to be made in order to determine the proportion, if any, of alcohol in his or her blood, and to accompany the peace officer for the purpose of enabling such sample to be taken.

The purpose of this recommendation is to permit a demand for a blood sample to be made in cases similar to those in which breath samples can currently be demanded under subsections 235(1) and 240.1(1) of the *Code* where the person is unable by reason of injury or illness to provide breath samples. It is similar to a provision enacted in the United Kingdom.[484]

It may be argued that a provision of the sort recommended here would contravene section 15(1) of the *Charter*. According to

that provision: "Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on ... physical disability." In light of the fact that the taking of a blood specimen is a safe and virtually painless procedure, and that the direct analysis of a blood sample is the most accurate means of determining blood-alcohol concentration, however, it is our view that any curtailment of equality rights brought about by the implementation of this recommendation would constitute one of the "reasonable limits" which pursuant to section 1 of the *Charter* "can be demonstrably justified in a free and democratic society."

RECOMMENDATION

16. That, subject to Recommendation 18, when a person whom it would otherwise be lawful for a peace officer to require to supply breath samples under Recommendation 13 is unconscious, a peace officer should be permitted, if authorized by a warrant, to cause such a sample of his or her blood to be taken from his or her body as in the opinion of a qualified medical practitioner is necessary to enable a proper analysis to be made in order to determine the proportion, if any, of alcohol in his or her blood.

The reasoning behind this recommendation has been discussed fully above. Its purpose is to enable non-consensual blood samples to be taken from unconscious drivers (for example, those who have been involved in serious accidents) believed by a peace officer on reasonable and probable grounds to have committed one of several alcohol-related (but not drug-related) driving offences. The warrant envisioned in this recommendation would in all likelihood have to be telephonic in nature, that is, similar to that recommended in our recent Report on *Writs of Assistance and Telewarrants*.[485] We do not envision that its issuance would involve consideration of the issues alluded to in the commentary to Recommendation 10 above. Rather, we see it as a mechanism for ensuring that the requisite criteria have been fulfilled.

RECOMMENDATION

17. That when a person whom it would otherwise be lawful for a peace officer to require to supply breath samples under Recommendation 13 or to submit to having a blood sample taken from his

or her body under Recommendation 14 or 15 has been admitted to a hospital or is undergoing emergency medical treatment, a peace officer should not be permitted to require such person to provide a breath sample or to submit to having a blood sample taken from his or her body unless:

(a) the attending physician has been asked whether he or she objects to such requirement on the ground that it would be prejudicial to the proper care or treatment of the person; and

(b) the attending physician has not objected on this ground.

The purpose of this recommendation is to protect the health and safety of persons undergoing medical treatment as the result *inter alia* of motor vehicle accidents. It is similar to a provision enacted in the United Kingdom.[486]

RECOMMENDATION

18. That, notwithstanding the fact that a warrant has been obtained in accordance with Recommendation 16, where a person either has been admitted to a hospital or is undergoing emergency medical treatment a peace officer should not be permitted to cause a sample of blood to be taken from the body of a person under Recommendation 16 unless:

(a) the attending physician has been asked whether he or she objects to such procedure on the ground that it would be prejudicial to the proper care or treatment of the person; and

(b) the attending physician has not objected on this ground.

Like Recommendation 17, this recommendation is designed to protect the health and safety of the subject.

RECOMMENTATION

19. That where a person, without reasonable excuse, fails or refuses to comply with a lawful demand requiring him or her to supply breath samples or to submit to having a blood sample taken from his or her body, such unreasonable failure or refusal should constitute an offence of the same gravity as the offence with respect to which the demand was made.

The purpose of this recommendation is simply to retain the type of provision in subsections 235(2) and 240.1(2) of the *Criminal Code*.

(3) Safeguards

RECOMMENDATION

20. That the subject of any proposed investigative test should be statutorily entitled to a warning as to the possible consequences of his or her failure or refusal to undergo such test.

This recommendation is self-explanatory. The reasoning behind it has been adequately outlined in Part V.C.(1) above.

RECOMMENDATION

21. That the subject of any investigative test should be statutorily entitled to the greatest possible privacy during its administration, having regard to the nature of the test.

This recommendation is self-explanatory.

RECOMMENDATION

22. That the subject of any investigative test should be statutorily entitled to have such test conducted by persons qualified by professional training.

This recommendation is designed to ensure that investigative test procedures are conducted in the safest and most reliable manner possible. It means, for example, that no investigative test that involves procedures normally conducted by a qualified medical practitioner, qualified dentist, registered nurse or nurse's assistant should be lawful unless such test is conducted by the appropriate person.

RECOMMENDATION

23. That the subject of any investigative test should be statutorily entitled to have such test conducted in such a manner as to ensure minimum discomfort to the subject, having regard to the nature of the investigative test and the surrounding circumstances.

This recommendation is self-explanatory.

RECOMMENDATION

24. That a person from whom breath samples are taken under Recommendation 13 should be statutorily entitled to have a blood sample taken as well at his or her request, unless it would be impractical to arrange for such procedure to be conducted.

The purpose of this recommendation is to provide the person from whom breath samples have been taken with the opportunity to have the most accurate method of blood-alcohol content analysis done where this would be practical. Provisions for the taking of blood specimens at the request of persons required to provide breath samples have been enacted in several Commonwealth jurisdictions.[487]

RECOMMENDATION

25. That a person who is entitled to have a blood sample taken at his or her request should be statutorily entitled to be apprised of this right.

This recommendation is self-explanatory. The reasoning behind it is again set out in Part V.C.(1) above. A statutory provision of this type has been enacted in New Zealand.[488]

RECOMMENDATION

26. That a person from whom a blood sample is taken should be statutorily entitled to have half of the sample so taken sent to an independent analyst to be analyzed.

The purpose of ths recommendation is to ensure the accuracy of any blood sample analysis and to allow the results of any such analysis to be effectively challenged where indicated. Legislation of similar effect has been enacted in several Commonwealth jurisdictions.[489] Although some provisions of this nature have given the person from whom the sample was taken the right to be given the duplicate sample personally, it is our opinion that the type of provision envisioned in our recommendation would raise fewer potential problems with regard to continuity of evidence.

We are of the opinion that the type of safeguard suggested in this recommendation is both warranted and necessitated by the intrusive nature of blood testing.

RECOMMENDATION

27. That where a person is entitled to have any blood sample taken from him or her analyzed by an independent analyst, such person should be statutorily entitled to be apprised of this right.

This recommendation is self-explanatory. See Part V.C.(1) above.

RECOMMENDATION

28. That where there has been a substantial violation of any of the procedures outlined in the above recommendations, any evidence so obtained should not be admitted unless the court is of the opinion that its admission would not bring the administration of justice into disrepute, and such evidence would otherwise be admissible.

The procedures we are recommending in this Working Paper will, of course, have to be carried out in conformity with the standards provided in the *Charter*. In this sense, even if we did not provide for an exclusionary rule in these recommendations, section 24(2) of the *Charter* would protect persons insofar as breaches of these rules might also amount to breaches of the *Charter*. To say this, however, is not to say that all breaches of these rules, even substantial breaches, would necessarily violate the threshold standards provided in the *Charter*. Accordingly, in view of the fact that these rules would permit intrusions not presently contemplated by law, we believe that it is incumbent upon us to do more than rely on section 24 of the *Charter*. We believe it to be essential to attach an exclusionary rule directly to these rules.

Our recommendation is for an exclusionary rule that is different from, and involves a standard of protection slightly higher than, that in section 24(2) of the *Charter*. The rationale behind this recommendation has been adequately explained in Part V.D. above. Note, once again, that we have advocated *discretionary* (as opposed to automatic) exclusion, and only in cases where there has been a *substantial* violation of recommended procedures. In so doing, we have attempted to avoid the possibility of having reliable

evidence routinely excluded as the result of minor or inadvertent defects in formalities. Although we are strongly in favour of the discretionary aspect of this recommendation, we are not necessarily committed to the precise formulation set out above. We would welcome any suggestions in this regard.

In general, we view section 24(2) of the *Charter* as providing a threshold or minimum protection. In principle, the existence of section 24(2) should not preclude a different or higher standard of protection where policy reasons support such extension. The formulation of appropriate exclusionary rules is a matter of concern throughout our work in criminal procedure, and we shall be coming back to this question in future working papers and reports. We are sensitive to the practical reasons for avoiding, in our law, a proliferation of exclusionary rules of varying formulations, and this consideration will weigh heavily in our future deliberations on this important question. For the moment, however, and for the reasons we have given, we believe an exclusionary rule of the sort we have recommended here to be appropriate in view of the extended authority given to peace officers by our other recommendations.

RECOMMENDATION

29. That no medical practitioner or registered nurse should be liable for any failure or refusal to conduct any investigative test.

This recommendation is self-explanatory. The reasoning behind it has been adequately set out in Part V.G. above. In view of the fact that effective implementation of many of our recommendations will be dependent on the co-operation of certain medical, health and forensic science professionals, we realize that certain protections may also have to be implemented. Such protections might be necessary in order that the liability of these persons does not extend beyond liability for negligence as the result, for example, of a failure by a peace officer to comply with proper procedure, where the fact of such failure is not known by the medical, health or forensic science professional.

Endnotes

1. Government of Canada, *The Criminal Law in Canadian Society* (Ottawa: Government of Canada, 1982).

2. *Ibid.*, at p. 53.

3. *Ibid.*, at p. 54.

4. *Ibid.*, at p. 53.

5. R.S.C. 1970, c. C-34, as amended.

6. *Supra*, note 1, at p. 50.

7. See generally E. Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process* (Toronto: Carswell, 1979) at pp. 1-59.

8. *R.* v. *Robertson* (1975), 29 C.R.N.S. 141 (Ont. C.A.).

9. According to the report (at p. 167):

> The analyst gave opinion evidence that stepping in any of the pools of blood shown in the picture showing the position of the deceased when discovered (Ex. 9) would not produce the pattern of stains found on the boots. One smear on the right boot was tested and found to be human blood group "O" which was the blood group of the deceased. Approximately 42 per cent of the population have blood group "O". There were two human scalp hairs, similar to those taken from the deceased for purposes of comparison, on the outer side of the heel of the right boot. One hair was wedged between the rubber and the upper portion of the heel and the other was wedged between the sole layer and the body of the heel. The hairs had been stretched and the expert witness was of the opinion that the hairs could not have been picked up by walking over a floor on which the hairs were lying, as force would be required to wedge the hairs into the boot.

10. *Ullmann* v. *United States* (1956), 350 U.S. 422 (S.C.) *per* Douglas J. at p. 445.

11. *Brown* v. *Walker* (1896), 161 U.S. 591 (S.C.) *per* Field J. at p. 637.

12. Law Reform Commission of Canada, *Police Powers — Search and Seizure in Criminal Law Enforcement* [Working Paper 30] (Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1983).

13. Being Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11.

14. Chief Justice's Law Reform Committee (Victoria), *Powers of Police After Arrest* (Melbourne: Government Printer, 1972) para. 46.

15. Law Reform Commission of Australia, *Criminal Investigation* [Report No. 2] (Canberra: Australian Government Publishing Service, 1975) para. 113 at p. 50.

16. Indian Law Institute, *Self-Incrimination: Physical and Medical Examination of the Accused* (Bombay: Tripathi, 1963) at p. 24.

17. A. D. Yarmey, *The Psychology of Eyewitness Testimony* (New York: Free Press, 1979) at p. 153.

18. See, *e.g.*: *Holt* v. *United States* (1910), 218 U.S. 245 (S.C.) (accused required to try on part of military uniform found at murder scene); *State* v. *Oschoa* (1926), 242 P. 582 (Nev. S.C.) (accused required to try on shirt found at murder scene); *Barrett* v. *State* (1950), 229 S.W. 2d 516 (Tenn. S.C.) (accused required to try on hat found at robbery scene); *State* v. *Taylor* (1965), 407 P. 2d 59 (Ariz. S.C.) (accused required to try on hat found at scene of crime).

19. See, *e.g.*, *People* v. *Clark* (1941), 116 P. 2d 56 (Cal. S.C.).

20. See, *e.g.*, *People* v. *Tomaszek* (1964), 204 N.E. 2d 30 (Ill. C.A.).

21. See, *e.g.*, *State* v. *Ah Chuey* (1879), 14 Nev. 79.

22. See, *e.g.*: *State* v. *Oschoa*, *supra*, note 18; *O'Brien* v. *State* (1890), 25 N.E. 137 (Ind. S.C); *State* v. *Miller* (1905), 60 A. 202 (N.Y.C.A.); *People* v. *Placido* (1945), 17 N.W. 2d 230 (Mich. S.C.); *Williams* v. *State* (1965), 396 S.W. 2d 834 (Ark. S.C.).

23. See, *e.g.*: *State* v. *Robinson* (1952), 58 So. 2d 408 (La. S.C.); *Williams* v. *State* (1963), 188 A. 2d 543 (Md. C.A.).

24. See D. C. James, "Constitutional Limitations on Body Searches in Prisons" (1982), 82 *Columbia L. Rev.* 1033 at p. 1033, n. 2.

25. See E. Rentoul and H. Smith, *Glaister's Medical Jurisprudence and Toxicology*, 13th ed. (London: Churchill Livingstone, 1973) at p. 440.

26. R.S.C. 1970, c. I-1.

27. J. R. Richardson, *Scientific Evidence for Police Officers* (Cincinnati: W. H. Anderson, 1963) at p. 295. Note that plain (*i.e.*, flat, as opposed to rolled) impressions may also be taken by simultaneously printing all the fingers. See W. Dienstein, *Technics for the Crime Investigator* (Springfield, Ill.: Charles C. Thomas, 1952) at pp. 158-159.

28. Richardson, *supra*, note 27 at p. 295. Comparison has been facilitated by the development of a standard system of classification in which papillary ridge patterns (with the exception of scarred or mutilated patterns) have been divided into arches (either plain or tented), loops (either ulnar or radial) and whorls (plain, central pocket, accidental or double loop): E. R. Menzel, "The Development of Fingerprints," in E. J. Imwinkelried, ed., *Scientific and Expert Evidence*, 2nd ed. (New York: Practising Law Institute, 1981) 619 at p. 648. According to A. A. Moenssens and F. E. Inbau, *Scientific Evidence in Criminal Cases*, 2nd ed. (Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1978) at p. 360, loop patterns may be further subcategorized by the process of "ridge counting," and whorl patterns may be further subcategorized by the process of "ridge tracing." Comparisons are generally made with reference to four criteria: (1) similarity of general pattern type (if a type cannot be ascertained because of incompleteness, general likeness of the ridge flow must suffice); (2) qualitative similarity of ridge characteristics (*i.e.*, whether such characteristics as "bifurcations," "ridge dots," "ridge endings," "enclosures," etc. match); (3) quantitative similarity of ridge characteristics (it is generally agreed that positive identification requires at least eight matching ridge characteristics, and some experts require between ten and twelve); and (4) similarity of ridge characteristic location: Moenssens and Inbau, *supra*, at p. 366.

29. Moenssens and Inbau, *supra*, note 28, at pp. 379-381.

30. See: N. D. Sperber, "Forensic Odontology," in Imwinkelried, *supra*, note 28, 721 at pp. 736-746; R. B. J. Dorion, "Bite Mark Evidence" (1982), 12 *J. Canad. Dent. Assn.* 795.

31. As forensic odontologist Norman Sperber has written (*supra*, note 30, at p. 741):

> Suitable impressions may be obtained by employing the standard impression materials used in dental offices. The materials are placed in a dental impression tray, properly selected. An impression can be obtained within thirty seconds if rapid-setting materials are used. There is no pain and only minimal discomfort in taking dental impressions. The impression is then poured, utilizing a hard setting dental stone and in some cases a durable plastic medium. The result, of course, should be an accurate life size reproduction of the suspect's teeth and oral structures.
>
> ...
>
> Various materials such as wax can be placed between the teeth to record the proper relationship of the maxillary (upper) and mandible (lower) teeth. Such materials can then be utilized to place the upper and lower models in the proper relationship. In some cases, the suspect has been asked to bite into wax to duplicate the bite.

See also L. L. Luntz and P. Luntz, *Handbook for Dental Identification: Techniques in Forensic Dentistry* (Toronto: Lippincott, 1973) at pp. 152-153.

32. Sperber, *supra*, note 30 at p. 742; Luntz and Luntz, *supra*, note 31, at p. 153.

33. G. Gustafson, *Forensic Odontology* (New York: American Elsevier, 1966) at p. 156.

34. Criminal Law Reform Committee, *Report on Bodily Examination and Samples as a Means of Identification* (Wellington, N.Z.: Criminal Law Reform Committee, 1978), para. 17 at p. 9.

35. *Supra*, note 26.

36. *R.* v. *A.N.* (1977), 37 C.C.C. (2d) 9 (B.C. S.C.) at p. 14.

37. *Ibid.*

38. *Supra*, note 16, at p. 30.

39. Richardson, *supra*, note 27, at p. 323. See *Commonwealth* v. *Westwood* (1936), 188 A. 304 (Pa. S.C.) where this technique is described in detail.

40. Richardson, *supra*, note 27, at p. 324; Moenssens and Inbau, *supra*, note 28, at p. 184.

41. *Supra*, note 28, at pp. 184-185.

42. *Ibid.*, at p. 185. The authors have continued (at p. 185):

> Research discovered that many people who never fired a gun but whose profession, occupation, or happenstance, brought them in contact with nitrates can be expected to yield positive reactions to the test. Among them are photographers, engravers, match workers, farmers and gardeners handling fertilizers, etc. Other substances which may be expected to yield positive tests include bleaching agents, chemicals, cosmetics, explosives, certain types of foodstuffs, tobacco, and urine. At the first seminar on scientific aspects of police work conducted by the International Criminal Police (Interpol) in 1963, the participating experts of the several countries unanimously rejected the dermal nitrate test as without value, not only as evidence in court, but even as furnishing workable investigative leads to the police.

43. See H. C. Harrison and R. Gilroy, "Firearms Discharge Residues" (1959), 4 *J. For. Sci.* 184.

44. See the many techniques cited by Moenssens and Inbau, *supra*, note 28, at pp. 185-186, n. 6.

45. S. S. Krishnan, "Detection of Gunshot Residue on the Hands by Neutron Activation and Atomic Absorption Analysis," in Imwinkelried, *supra*, note 28, 289 at p. 301.

46. S. S. Krishnan, "Detection of Gunshot Residues on the Hands by Trace Element Analysis," in Imwinkelried, *supra*, note 28, 315 at p. 318.

47. *Ibid.*, at p. 319.

48. *Ibid.* This appears, however, to be the preferred technique where analysis is done by means of scanning electron microscopy.

49. P. L. Kirk, *Crime Investigation: Physical Evidence and Police Laboratory* (Toronto: John Wiley and Sons, 1966) at pp. 638-643.

50. Moenssens and Inbau, *supra*, note 28, at p. 412.

51. As regards the method by which hair samples may be taken from a criminal suspect for the purposes of such comparison, forensic scientist P. L. Kirk has written (*supra*, note 49, at pp. 165-166):

> Standard hairs, necessary for comparison with questioned hairs, are best collected from the head, pubes, or axillae, etc. of the individual suspected of being the source of the questioned hairs. A very suitable method of obtaining head hair is to use a clean, fine-toothed comb and comb the hair vigorously. This will provide in most instances a sample of hair most nearly comparable with the hair that would have been lost by the individual. There is no definite rule as to how much hair is to be taken since that will be determined by the number and extent of the examinations to be made. A sample of 100 hairs is desirable, but a smaller number is usually sufficient and even a single hair may yield valuable results.
>
> Combings usually give a more representative sample than a clipped lock which all comes from a certain point or region and may not be typical of the entire head. If the sample must be clipped, it is better to take just a few hairs from one region, a few more from another, and so on, until a widely representative sample is obtained. Clipping should be done close to the scalp and it is helpful if the hair can be laid parallel and the clipped end marked to allow compensation for any alterations along the hair. Pulled hair is probably preferable to clippings also since it provides a complete hair length. It is not essential to have the root in a standard sample and it is almost never worth the extra difficulty of obtaining it in this manner.
>
> Barber clippings are the least useful of standard hair samples. In the first place, the barber removes most of the hair from the nape and temple regions, which are not completely typical of crown hair which is most likely to occur in sweepings or droppings. Even more important is the fact that the clipper or shears used by the barber will almost always be contaminated by the hair of other individuals so that a standard taken this way may represent hair of two or more people and lead to uncertainty of source. If a prison barber is called upon to take such a sample unknown to the suspect, he should be instructed to clean his tools and comb very carefully before starting and to attempt to remove crown hairs by combing rather than to clip the nape and temple hairs for the sample.

52. R. E. Zumwalt and C. S. Petty, "Community Investigation of Rape and Sexual Assault," in W. J. Curran, A. L. McGarry and C. S. Petty, eds., *Modern Legal Medicine, Psychiatry, and Forensic Science* (Philadelphia: F. A. Davis, 1980) 553 at p. 560.

53. *Supra*, note 16, at p. 32.

54. "Venipuncture" is defined in W. H. L. Dornette, ed., *Stedman's Medical Dictionary*, 5th unabridged lawyers' edition (Cincinnati: Anderson, 1982) at p. 1548 in part as "[t]he puncture of a vein ... to withdraw blood...."

55. Law Reform Commission of Australia, *Alcohol, Drugs and Driving* [Report No. 4] (Canberra: Australian Government Publishing Service, 1976) para. 114 at p. 48.

56. *Ibid.*

57. L. A. Bear, *Law, Medicine, Science — and Justice* (Springfield, Ill.: Charles C. Thomas, 1964) at p. 576.

58. *Ibid.*

59. See: A. S. Curry, "Reliability and Significance of Results of Alcohol and Drug Analyses," in S. Israelstam and S. Lambert, eds., *Alcohol, Drugs and Traffic Safety: Proceedings of the Sixth International Conference on Alcohol, Drugs and Traffic Safety, Toronto, September 8-13, 1974* (Toronto: Addiction Research Foundation of Ontario, 1975) 469 at p. 476; H. J. Walls and A. R. Brownlie, *Drink, Drugs and Driving* (London: Sweet and Maxwell, 1970) at pp. 80-98.

60. See: Curry, *supra*, note 59, at pp. 476-477; Walls and Brownlie, *supra*, note 59, at pp. 109-110; Law Reform Commission of Australia, *supra*, note 55, para. 123 at p. 54; B. S. Finkle, "'Will the Real Drugged Driver Please Stand Up?' An Analytical Toxicology Assessment of Drugs and Driving," in Israelstam and Lambert, *supra*, note 59, at pp. 608-609; F. B. Benjamin, *Alcohol, Drugs and Traffic Safety: Where Do We Go From Here?* (Springfield, Ill.: Charles C. Thomas, 1980) at pp. 52-53. For descriptive reports on various techniques see, *e.g.*: W. T. Lowry and J. C. Garriott, *Forensic Toxicology: Controlled Substances and Dangerous Drugs* (New York: Plenum, 1979) at pp. 103-115; J. Wells, G. Cimbura and E. Koves, "The Screening of Blood by Gas Chromatography for Basic and Neutral Drugs" (1975), 20 *J. For. Sci.* 382; R. C. Permisohn, L. R. Hilpert and L. Kazyak,

"Determination of Methaqualone in Urine by Metabolite Detection Via Gas Chromatography" (1976), 21 *J. For. Sci.* 98; N. C. Jain, D. M. Chinn, R. D. Budd, T. S. Sneath and W. J. Leung, "Simultaneous Determination of Cocaine and Benzoyl Ecgonine in Urine by Gas Chromatography with On-Column Alkylation" (1977), 22 *J. For. Sci.* 7; R. Saferstein, J. J. Manura and P. K. De, "Drug Detection in Urine by Chemical Ionization Mass Spectrometry" (1978), 23 *J. For. Sci.* 29; M. A. Peat and L. Kopjak, "The Screening and Quantitation of Diazepam, Flurazepam, Chlordiazepoxide, and Their Metabolites in Blood and Plasma by Electron-Capture Gas Chromatography and High Pressure Liquid Chromatography" (1979), 24 *J. For. Sci.* 46; K. Sprague and A. Poklis, "Determination of Barbiturates in Postmortem Blood by High Pressure Liquid Chromatography: A Comparison with a Differential Ultraviolet Spectrophotometric Method" (1980), 13 *Can. Soc. Forens. Sci. J.* 31.

61. See: Moenssens and Inbau, *supra*, note 28, at pp. 298 and following; Richardson, *supra*, note 27, at pp. 161-164.

62. Bear, *supra*, note 57, at p. 577.

63. *Supra*, note 34, para. 17 at p. 9.

64. *Stedman's Medical Dictionary*, *supra*, note 54, at p. 237.

65. See, *e.g.*: *People* v. *Scott* (1978), 578 P. 2d. 123 (Cal. S.C. in Bank); *R.* v. *Turnick (No. 2)* (1920), 54 N.S.R. 69 (S.C.).

66. In *Scott*, *supra*, note 65, where the accused was alleged to have transmitted trichomoniasis to the victim in the course of having unlawful intercourse with her, it was stated (at p. 128) that:

> [A]t trial it was explained that "positive" results were a reliable indicator of the infection, but that if the results were "negative" there remained a 30 percent statistical chance that the infection was nonetheless present. Thus, not only was the procedure not a "highly effective means" of establishing the presence or absence of trichomoniasis, its unreliability was biased against the defendant.

In *Turnick (No. 2)*, *supra*, note 65, it was reported (at p. 78) that the doctors who examined an accused alleged to have transmitted gonorrhea to a rape victim were unable to give positive evidence that the accused in fact had gonorrhea.

67. I. R. C. Batchelor, *Henderson and Gillespie's Textbook of Psychiatry*, 10th ed. (London: Oxford University Press, 1969) at p. 338. See also J. M. Macdonald, "Truth Serum" (1955-56), 46 *J. Crim. L., Crim. and Pol. Sci.* 259, at p. 259.

68. Scopolamine was formerly the most commonly used drug. See Macdonald, *supra*, note 67, at p. 259. Amphetamines may, apparently, be used to achieve similar results, though their use would not be termed "narcoanalysis." See I. Gregory, *Psychiatry: Biological and Social* (Philadelphia and London: W. B. Saunders, 1961) at p. 81; R. B. McGraw and J. F. Oliven, "Miscellaneous Therapies," in S. Arieti, ed., *American Handbook of Psychiatry*, vol. 2 (New York: Basic Books, 1959) 1552 at pp. 1560-61.

69. Macdonald *supra*, note 67, at p. 259; J. M. Macdonald, "The Use of Drugs in the Examination of Suspected Criminals" (1956), 3 *J. Forensic Medicine* 2, at p. 2; C. W. Muehlberger, "Interrogation Under Drug Influence: The So-Called 'Truth Serum' Technique" (1951-52), 42 *J. Crim. L., Crim. and Pol. Sci.* 513, at p. 521; Gregory, *supra*, note 68, at p. 81; McGraw and Oliven, *supra*, note 68, at p. 1572.

70. See: F. C. Redlich, L. J. Ravitz and G. H. Dession, "Narcoanalysis and Truth" (1951), 107 *Am. J. Psychiat.* 586; J. C. Gall, "The Case Against Narcointerrogation" (1962), 7 *J. For. Sci.* 29; M. E. Schiffer, *Psychiatry Behind Bars: A Legal Perspective* (Toronto: Butterworths, 1982) at pp. 45-47.

71. (1978), 3 C.R. (3d) 7 (Alta. S.C.A.D.).

72. *Ibid.*, at p. 24.

73. A good description of several of these tests is provided by the North Carolina Traffic Safety Council:

> Balance: Balance tests involve steadiness in an upright position. First, have the subject stand on one foot with arms outstretched, then have him transfer his weight to the other foot. Next, have him stand erect with his heels together, toes pointed straight ahead, head back and eyes closed. Actions such as swaying, a jerky motion used in attempting to recover balance, and shifting of feet should be noted.
>
> Walking: Walking tests involve ability to walk a straight line. The subject should be asked to walk a straight line (sidewalk line or an imaginary line between two points) for a distance of approximately 20 feet, with the heel of one foot being placed

against the toe of the other foot. Upon reaching the end of the specified distance, he should be directed to turn quickly about and walk heel to toe back to the starting point.

Turning: Particular attention should be paid to the manner in which he turns around and to any difficulty he experiences in this action while performing the walking test.

Finger to Nose: These test coordination of motor impulses of the arms. The subject should be asked to stand erect, feet together, eyes closed and arms extended horizontally with each index finger extended. Keeping his eyes closed, he should be asked to prescribe an arc with one arm at a time and touch the tip of his nose with his index finger. This procedure should be repeated with the other arm. In each instance, it should be noted if and where the index finger touches the face and the degree of sureness with which the operation was performed.

Coins: Coin pick-up is a good measure of muscular coordination in the fingers as well as balance. Arrange nine coins on the floor, such as three pennies, three nickels, and three dimes, in order, with the heads or tails all up. Each time, tell the suspect what type of coin he is to pick up, have him pick up each coin as you direct him, identify heads or tails (whichever was up on the floor) and hand to you. Note his balance while attempting to pick up coins.

See North Carolina Traffic Safety Council, Inc., *Sample Instructional Bulletin on the Use of the Alcoholic Influence Report Form*, quoted by L. P. Watts, "Some Observations on Police-Administered Tests for Intoxication" (1966), 45 *North Carolina L. Rev.* 34, at pp. 44-45, n. 36.

74. *Supra*, note 73, at pp. 44-45.

75. R. E. Erwin, *Defense of Drunk Driving Cases* (New York: Matthew Bender, 1963) s. 8.13 at pp. 142-143, and s. 8.16 at p. 146, cited by Watts, *supra*, note 73, at p. 45.

76. On the question of accuracy, see: O. Hilton, "Can the Forger Be Identified from His Handwriting?" (1952-53), 43 *J. Crim. L., Crim. and Pol. Sci.* 547; T. V. McAlexander, "The Meaning of Handwriting Opinions" (1977), 5 *J. Pol. Sci. and Admin.* 43.

77. M. Casey, "Questioned Document Examination," in Curran, McGarry and Petty, *supra*, note 52, at p. 1225. As the author has continued:

> [T]he presence of one fundamental divergent characteristic

between the known and questioned writings would serve to indicate that the writings are by different authors. A fundamental divergent characteristic is one that is repeated consistently throughout a writing, indicating it to be a personal habit of the author and, significantly, not found in the comparison writing. Essentially, in an identification, all of the characteristics of the questioned writing will fall within the range of the known writing and be capable of explanation through the known writings....

See also H. F. Sulner, *Disputed Documents: New Methods for Examining Questioned Documents* (New York: Oceana, 1966) at p. 46.

78. Casey, *supra*, note 77, at p. 1227: "Normally, the greater the variation in a person's hand, the greater amount of writing required to encompass the full range of writing characteristics."

79. *Ibid.* According to the author:

> [I]f the writing in question consists of a limited amount of material (*e.g.*, one sentence or less), more known material will be required for comparison than would be needed if the questioned document were an extended piece of writing, such as a letter. This is because extended writing exhibits a more extensive picture of the individual's writing habits.

80. Casey, *supra*, note 77, at p. 1228:

> To be suitable for comparison with the questioned material, known writing should approximate the type of matter and conditions under which the questioned document was prepared. For example, it is necessary to compare disputed signatures with genuine signatures; general handwritten material with general handwritten material; hand-printed material, whether upper case, lower case, or block style, with hand-printing of a similar nature; and numerals with numerals....

81. Casey, *supra*, note 77, at pp. 1228-1229.

82. *Ibid.*, at p. 1229. See also Moenssens and Inbau, *supra*, note 28, at p. 467.

83. For a complete description of the use of the breathalyzer machine, see D. M. Lucas, "The Breathalyzer — How It Works," in R. M. McLeod, J. D. Takach and M. D. Segal, *Breathalyzer Law in Canada*, 2nd ed. (Toronto: Carswell, 1982) at pp. 19-2 and 19-3.

84. *Ibid.*, at p. 19-3; Moenssens and Inbau, *supra*, note 28, at p. 82. Lucas has pointed out (at pp. 19-3 and 19-4):

> All breath tests determine the alcohol content of arterial blood, whereas the blood sample normally used for analysis is venous blood. The alcohol content of these will generally be similar except during the twenty to thirty minute period of rapid alcohol absorption that occurs after the commencement of drinking. During this period, the arterial blood will contain a greater proportion of alcohol than the venous blood and will more closely reflect the concentration of alcohol in the brain and therefore the condition of the subject. This brief interval of arterio-venous lag does not present a practical problem since persons are rarely if ever tested during it.

85. Lucas, *supra*, note 83, at p. 19-4.

86. *Ibid.*, at p. 19-5; Moenssens and Inbau, *supra*, note 28, at p. 83.

87. Lucas, *supra*, note 83, at p. 19-3.

88. *Ibid.*

89. C. K. McKnight, "The Polygraph (Lie Detector)" (1973), 21 C.R.N.S. 172 at pp. 172-173.

90. *Ibid.*, at p. 173.

91. *Ibid.*

92. Moenssens and Inbau, *supra*, note 28, at pp. 605-606.

93. *Ibid.*

94. *Ibid.*

95. *Ibid.*

96. S. Abrams, "Polygraphy," in Imwinkelried, *supra*, note 28, 775 at p. 778.

97. *Supra*, note 28, at p. 604.

98. Richardson, *supra*, note 27, at p. 122, citing F. E. Inbau, *Lie Detectors and Criminal Interrogation*, 2nd ed., 1948.

99. *Ibid.*

100. *Ibid.*

101. *Ibid.*

102. *Ibid.*

103. *Ibid.*

104. N. Laurendi, "Opposition to the Admissibility of Lie Detector Tests in Criminal Cases," in Imwinkelried, *supra*, note 28, 805 at p. 813.

105. *Ibid.*

106. *Ibid.*, at p. 816; M. Abbell, "Polygraph Evidence: The Case against Admissibility in Federal Criminal Trials," in Imwinkelried, *supra*, note 28, 825 at p. 838.

107. Nevertheless, in assessing the reliability and accuracy of the polygraph technique, Moenssens and Inbau have written (*supra*, note 28, at p. 616):

> In the examination of approximately twenty-five percent of the subjects presented to a competent Polygraph examiner, truthfulness or deception may be so clearly disclosed by the nature of the reactions to relevant or control questions that the examiner will be able to point them out to any layman and satisfy him of their significance. In approximately sixty-five percent of the cases, however, the indications are not that clear; they are sufficiently subtle in appearance and significance as to defy satisfactory explanation to non-experts. In about five to ten percent of the cases the examiner may be unable to make any diagnosis at all because of a subject's physiological or psychological characteristics or because of other inhibiting factors.
>
> ...
>
> The accuracy of the Polygraph Technique is difficult to estimate. In many cases, the truth about who committed an offense may never be learned from confessions or from subsequently developed factual evidence. Proof is often lacking, therefore, that the examiner in any given case is either right or wrong in his diagnosis. However, in the 1977, second edition of *Truth and Deception: The Polygraph ("Lie-Detector") Technique*, by John E. Reid and his co-author Fred

E. Inbau, it is reported that when the technique is properly applied by a trained, competent examiner, it is very accurate in its indications, with a *known* error percentage of less than one percent. That conclusion is based upon the examinations of over 100,000 persons suspected or accused of criminal offenses or involved in personnel investigations initiated by their employers, almost all of which examinations were conducted at the extensive facilities of John E. Reid and Associates. It is also supported by validation studies reported in Journal articles reproduced in the Appendices of the Reid and Inbau book.

Of perhaps particular interest, the authors of the above mentioned book report that the errors which do occur favor truthful subjects, since the known mistakes in diagnosis almost always involve a failure to detect deception rather than a diagnosis of deception on the part of a truthful person.

For a detailed discussion of the difficulties in evaluating the accuracy of the polygraph technique, see D. T. Lykken, *A Tremor in the Blood: Uses And Abuses of the Lie Detector* (New York: McGraw-Hill, 1981) at pp. 64-81.

108. K. Thomas, "Voiceprint — Myth or Miracle," in Imwinkelried, *supra*, note 28, 1015 at p. 1020.

109. Moenssens and Inbau, *supra*, note 28, at p. 571.

110. *Ibid.*

111. O. Tosi, "Voice Identification," in Imwinkelried, *supra*, note 28, 971 at p. 973.

112. Thomas, *supra*, note 108, at p. 1025.

113. According to one of its detractors (Thomas, *supra*, note 108, at p. 1026):

> However attractive it may seem, speech scientists agree that the theory is not established as a scientific fact. There is a dearth of scientific data to support the theory. On the contrary, controlled scientific experiments indicate that frequently the vocal equipment and its use by two different speakers produce results more similar than the results produced by the same speaker on two different occasions.
>
> It is known that anatomical differences do not produce reliable indicators of individual uniqueness or reliable identifi-

cation cues. A classic case of the erroneous acceptance of identification methods based on anatomical differences was the so-called Bertillon System of identification used extensively in the nineteenth and early twentieth centuries. A standard set of body measurements, in combination, was thought to be unique for each individual. The use of this system caused such confusion and misidentification that its reliability was repudiated and its use abandoned.

To supplement the inadequacies of a theory based on differences in bodily characteristics alone, proponents of the voiceprint technique theorize that such physical differences, in combination with use-patterns developed during growth, produce the uniqueness that particularly characterizes a given speaker. Again the theory is grossly unsupported by scientific data and runs contrary to general principles concerning the need to communicate and the human phenomenon known as dialect.

Voice identification expert Oscar Tosi, (*Voice Identification: Theory and Legal Applications* (Baltimore: University Park Press, 1979)), on the other hand, is somewhat more positive. The various empirical studies on spectrographic and other methods of voice identification, he has pointed out (at p. 55), confirm that "[o]rganic and learned differences are the sources of intertalker variability." While he has conceded that "there is little hope of ever developing a method ... that could provide a positive talker identification or elimination in 100% of all cases examined," he has nevertheless asserted (at p. 56):

To demand that a system of voice identification be resistant to disguise, noise, or other distortions for practical use is unrealistic and unfair. No system of identification is resistant to drastic distortions, including fingerprinting, handwriting analysis, etc.

On the other hand, most of the variables discussed could increase the percentage of no-opinion decisions, or at the worst the percentage of errors of false elimination, rather than the errors of false identification. Indeed, most of these distortions tend to increase the intraspeaker differences, which only can lead toward false elimination rather than toward false identification. This type of error is not so costly for our system of justice as the error of false identification is.

114. Tosi, *supra*, note 113, at pp. 110-111.

115. See, *e.g.*: *State* v. *McKenna* (1967), 226 A. 2d 757 (N.J. Co. Ct.); *Stovall* v. *Denno* (1967), 388 U.S. 293 (S.C.).

116. See, *e.g.*: *Commonwealth* v. *Sliva* (1964), 198 A. 2d 354 (Penn. S.C.); *State* v. *King* (1965), 209 A. 2d 110 (N.J.S.C.); *People* v. *Juarez* (1966), 52 Cal. R. 556 (Dist. C.A.); *United States* v. *Wade* (1967), 388 U.S. 218 (S.C.).

117. Schiffer, *supra*, note 70, at p. 23.

118. *Ibid.*

119. *Ibid.*, at pp. 24-25.

120. *E.g.*: the Stanford-Binet test or Wechsler-Bellevue Intelligence Scale for Adolescents and Adults (WAIS).

121. *E.g.*: the Minnesota Multiphasic Personality Inventory (MMPI).

122. *I.e.*, the Thematic Apperception Test (TAT).

123. *I.e.*, the Rorschach Test.

124. *I.e.*, the Draw-A-Person (DAP) Test.

125. *E.g.*: the Bender-Gestalt, Goldstein-Scheerer, Shipley-Hartford, Graham-Kendall Memory for Designs or Wechsler Memory Scale Tests.

126. H. S. Sullivan, *The Psychiatric Interview* (New York: W. W. Norton, 1970) at p. 4 (emphasis included). See also C. D. Webster, R. J. Menzies and M. A. Jackson, *Clinical Assessment Before Trial: Legal Issues and Mental Disorder* (Toronto: Butterworths, 1982) at pp. 24-27.

127. I. Stevenson, "The Psychiatric Interview," in S. Arieti, ed., *American Handbook of Psychiatry*, 2nd ed., vol. 1 (New York: Basic Books, 1974) 1138 at p. 1138.

128. I. Stevenson and W. M. Sheppe, Jr., "The Psychiatric Examination," in Arieti, *supra*, note 127, 1157 at pp. 1162-1170.

129. *Ibid.*, at p. 1172.

130. H. A. Davidson, *Forensic Psychiatry*, 2nd ed. (New York: Ronald Press, 1965) at p. 36.

131. L. C. Kolb and H. K. H. Brodie, *Modern Clinical Psychiatry*, 10th ed. (Toronto: W. B. Saunders, 1982) at p. 764.

132. For a more complete discussion of the subject of hypnosis of criminal suspects and accused persons, see Schiffer, *supra*, note 70, at pp. 29-44.

133. See L. R. Wolberg, "Hypnotherapy," in Arieti, *supra*, note 68, 1466 at pp. 1468, 1473-74; Kolb and Brodie, *supra*, note 131, at p. 766; Schiffer, *supra*, note 70, at pp. 30-32.

134. See G. J. Dudycha, *Psychology for Law Enforcement Officers* (Springfield, Ill: Charles C. Thomas, 1955) at p. 96; M. S. Guttmacher and H. Weihofen, *Psychiatry and the Law* (New York: W. W. Norton, 1952) at p. 370; Schiffer, *supra*, note 70, at pp. 32-34.

135. H. Arons, *Hypnosis in Criminal Investigation* (Springfield, Ill.: Charles C. Thomas, 1967) at p. 172.

136. *Ibid.*

137. See Sir R. Cross, *Evidence*, 5th ed. (London: Butterworths, 1979) at p. 60.

138. (1973), 412 U.S. 291 (S.C.).

139. (1957), 134 A. 2d 425 (R.I.S.C.), *cert. denied* (1957), 355 U.S. 898 (S.C.). See also: *State* v. *Baldwin* (1966), 221 A. 2d 199 (N.J.S.C.) *petition* for certif. to App. Div. denied (1968), 246 A. 2d 459, *cert. denied* (1966), 385 U.S. 980 (S.C.); *State* v. *Barber* (1971), 179 S.E. 2d 404 (N.C.S.C.).

140. See, *e.g.*: *People* v. *Marx* (1975), 126 Cal. R. 350 (C.A.); *People* v. *Milone* (1976), 356 N.E. 2d 1350 (Ill. App. Ct.); *People* v. *Johnson* (1972), 289 N.E. 2d 722 (Ill. App. Ct.).

141. (1954), 263 S.W. 2d 779 (Tex. C.C.A.).

142. P. K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (Toronto: Canada Law Book, 1974) at p. 309.

143. Sir C. Philips, *Report of the Royal Commission on Criminal Procedure* (London: HMSO, 1981) para. 3.125 at p. 64 .It should be remembered, however, that fingerprint evidence is only a form of opinion evidence. See: *R.* v. *Wiswell* (1935), 63 C.C.C. 94 (N.S. S.C.) at p. 95; *R.* v. *De'Georgio and Servello*, [1934] 3 W.W.R. 374 (B.C. Co. Ct.) at p. 379; J. F. Wiley, "A Short Survey of the Reported Cases on Fingerprint Evidence" (1974) January, *Crown's Newsletter* 1.

144. (1956), 116 C.C.C. 306 (N.B. S.C.A.D.).

145. *Ibid.*, at p. 308.

146. (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136 (at pp. 1136-7), where the jury were instructed that in order to find the accused guilty they must be satisfied "not only that those circumstances were consistent with his having committed the act, but ... that the facts were such as to be inconsistent with any other rational conclusion...."

147. (1966), 50 C.R. 208 (Qué. Q.B.).

148. (1970), 1 C.C.C. (2d) 360 (Sask. C.A.). See also *R.* v. *Castleton* (1909), 3 Cr. App. R. 74 (C.C.A.); *R.* v. *Buckingham and Vickers* (1943), 86 C.C.C. 76 (B.C. S.C.).

149. Moenssens and Inbau, *supra*, note 28, at p. 292.

150. *Ibid.*, at p. 301.

151. In *R.* v. *Milgaard* (1971), 2 C.C.C. (2d) 206 (Sask. C.A.) at p. 214, for example, Culliton C.J.S. summarized the results of seminal fluid analysis in a rape-murder case as follows:

> On the afternoon of January 31st, Lieutenant Penkala, in examining the area in which Gail Miller's body was discovered, found two frozen lumps in the snow, yellowish in colour. He retrieved these two lumps and placed them in vials. These vials were delivered to the R.C.M.P. Laboratory in Regina. On an analysis by Staff Sergeant Paynter, one lump was found to contain seminal fluid. There were also found in the substances "A" antigens. According to the expert's testimony, 85% of people are secretors, that is, people who secrete blood group antigens in their other body fluids. According to the evidence, "A" antigens would be secreted by a person whose blood group was "A", but "A" antigens would not be secreted by persons whose blood group was either "B" or "O". Samples of blood were taken from the deceased, from Milgaard, and from Wilson. On examination, the blood group of the deceased was found to be "O" and that of Wilson to be "B"; that of Milgaard was found to be "A".

152. See J. Hannan, "New Zealand Criminal Law Reform Committee on Bodily Samples and Identification," [1980] 4 *Crim. L.J.* 210 at p. 227, where it is noted: "Blood grouping terminology is rapidly evolving, and the writer is informed that by the end of the century

it is possible that blood groupings will be as distinctive as fingerprints." And see Centre of Forensic Sciences, *Laboratory Aids for the Investigator*, 3rd ed. (Toronto: Ministry of the Solicitor General of Ontario, 1978) at p. 28.

153. *Supra*, note 28, at p. 650.

154. The authors have assessed the overall value of bite mark evidence in these terms (at p. 657):

> In the case of bitemark evidence, a fair evaluation of all of the literature, with due consideration being given to the relative reputation of the authors within the profession of forensic odontology, leads one to the conclusion that bitemark identification can only be rarely positive. The paucity of details, the changeable nature of the details, and the uncertainties of what constitute reliable indicia of identity in bitemarks, contribute to relegate the process to one of possible eliminations or *possible* identifications, rather than *positive* identifications. In most bitemark cases, then, a careful examination of the bite impressions may yield valuable investigative leads; in the most unusual ones only can we expect to be able to arrive at a positive identification.
>
> Compounding the difficulty is that there is no generally accepted scientific procedure for comparing teeth with bitemarks. Unlike in fingerprint identification, forensic odontologists refer to "points of similarity" without ever having reached any agreement within the profession on what details constitute acceptable points of similarity.

See also E. H. Dinkel, Jr. and M. S. Captain, "The Use of Bite Mark Evidence as an Investigative Aid" (1974), 19 *J. For. Sci.* 535.

155. Moenssens and Inbau, *supra*, note 28, at pp. 406-407.

156. *Ibid.*, at pp. 406-410.

157. B. Wraxall, "Forensic Serology," in Imwinkelried, *supra*, note 28, 897 at p. 922.

158. Moenssens and Inbau, *supra*, note 28, at pp. 451-452.

159. S. S. Krishnan, "Merits and Demerits of Forensic Activation Analysis When Compared to Other Trace Analysis Methods," in Imwinkelried, *supra*, note 28, 303 at p. 306.

160. See Moenssens and Inbau, *supra*, note 28, at p. 452.

161. (1923), 293 F. 1013 (U.S.C.A., D.C. Cir.) at p. 1014. Recently there appears to have been a loosening of the *Frye* rule in some American jurisdictions. See E. J. Imwinkelried, "A New Era in the Evolution of Scientific Evidence — A Primer on Evaluating the Weight of Scientific Evidence" (1981), 23 *William and Mary L. Rev.* 261.

162. (1978), 6 C.R. (3d) 185 (Man. C.A.) at p. 200.

163. His Lordship went on to quote the decision of the United States Court of Appeals for the Sixth Circuit in *United States* v. *Brown* (1977), 557 F. 2d 541 (U.S.C.A., 6th Cir.) where the case of *United States* v. *Baller* (1975), 519 F. 2d 463 (U.S.C.A., 4th Cir.) at p. 466 was quoted to the following effect:

> There are good reasons why not every ostensibly scientific technique should be recognized as the basis for expert testimony. Because of its apparent objectivity, an opinion that claims a scientific basis is apt to carry undue weight with the trier of fact. In addition, it is difficult to rebut such an opinion except by other experts or by cross-examination based on a thorough acquaintance with the underlying principles. In order to prevent deception or mistake and to allow the possibility of effective response, there must be a demonstrable, objective procedure for reaching the opinion and qualified persons who can either duplicate the result or criticize the means by which it was reached, drawing their own conclusions from the underlying facts.

The Court in *Brown* continued (at p. 556):

> A courtroom is not a research laboratory. The fate of a defendant in a criminal prosecution should not hang on his ability to successfully rebut scientific evidence which bears an "aura of special reliability and trustworthiness," although in reality the witness is testifying on the basis of an unproved hypothesis in an isolated experiment which has yet to gain general acceptance in its field.

164. (1974), 26 C.R.N.S. 339 (Ont. Prov. Ct.).

165. *Ibid.*, at p. 345.

166. *Ibid.*

167. *Ibid.*, at p. 346. As to the weight which such evidence should be given, His Honour continued (at pp. 346-347):

> The opinion of an expert once admitted is admissible for the purpose of aiding the jury or the fact finder in a field where he has no particular knowledge or training. The weight and the credibility to be given to the opinion of an expert lies with the fact finder. It is no different in this field than any other. In view of the fact that identification by aural voice comparison either respecting telephone conversations or not and whether recorded by mechanical means or not is admissible and it being admitted that voice comparisons by spectrograms corroborate identification by means of ear, it is obvious that spectrograms ought to be admissible at least for the purpose of corroborating opinions as to identification by means of ear alone.
>
> They ought also to be admissible for the purpose of impeachment. The weight and credibility of such evidence lies with the finder of facts but that does not involve the question of the admissibility. In this case Lieutenant Nash not only tendered spectrograms of the known and unknown voices and compared them in court to show that they were made by one and the same person, namely, Vincent Montani, but he also testified that he made aural examinations of the tape recordings and I therefore not only rule that Lieutenant Nash's evidence is admissible but that in this case at least great weight must be given to his evidence.

168. *Supra*, note 162.

169. Moenssens and Inbau, *supra*, note 28, at p. 411. As the authors have continued:

> In some cases, it can do what no other technique does; in others, it is merely confirmatory. In hair identification ... it is sometimes suggested that through NAA it may become possible to definitely link a hair with one particular individual.

170. *Supra*, note 28, at pp. 411-412.

171. See the authorities cited by D. M. Lucas and S. E. Brown, "The Examination of Human Hairs: Comments on the Hair Evidence in *Reg.* v. *Roberts*" (1978) March, *Crown's Newsletter* 9, at pp. 11-13.

172. Unreported, but described by Lucas and Brown, *supra*, note 171.

173. Quoted in Lucas and Brown, *supra*, note 171, at p. 9.

174. *Ibid.*

175. *Ibid.*, at p. 10.

176. See McWilliams, *supra*, note 142, at p. 309.

177. (1952), 104 C.C.C. 349 (N.S. S.C.).

178. (1959), 124 C.C.C. 332 (Ont. C.A.).

179. See, *e.g.*, the authorities cited in the recent Study Paper on *Police Guidelines for Conducting Pretrial Eyewitness Identification Procedures* prepared for the Law Reform Commission of Canada by Professor Neil Brooks.

180. (1951), 99 C.C.C. 141 (B.C. C.A.) at p. 147.

181. *R.* v. *Smith*, [1952] O.R. 432 (C.A.) *per* Mackay J.A. at p. 436.

182. *R.* v. *Howarth* (1970), 13 C.R.N.S. 329 (Ont. C.A.) *per* Jessup J.A. at p. 332. His Lordship continued (at p. 332):

> Having so cautioned the jury in such general terms applicable to all witnesses as to identity regardless of their credibility, I think the trial Judge should then review the circumstances enhancing or detracting from the reliability of the identification evidence in the case before the jury, including the presence or the absence of either confirmatory or corroborative evidence. In saying that, I do not mean to say it is essential that there should be corroborative evidence or, indeed, confirmatory evidence, but that the presence or absence of that type of evidence will be among the circumstances to which the trial Judge will draw the jury's attention after having given a general caution with respect to the inherent frailties of all identification evidence.

See also *R.* v. *Spatola* (1970), 10 C.R.N.S. 143 (Ont. C.A.).

183. McWilliams, *supra*, note 142, at p. 294.

184. See R. Cross, *supra*, note 137, at p. 57, citing *R.* v. *Chapman* (1911), 7 Cr. App. R. 53 (C.C.A.); *R.* v. *Cartwright* (1914), 10 Cr. App. R. 219 (C.C.A.). See also S. A. Cohen, *Due Process of Law: The Canadian System of Criminal Justice* (Toronto: Carswell, 1977), at p. 82.

185. *Supra*, note 137, at p. 57.

186. *Ibid.*, at pp. 59-60, citing *R.* v. *Christie*, [1914] A.C. 545 (H.L.).

187. *Supra*, note 186, at p. 551.

188. As the Australian Law Reform Commission noted in 1975:

> There is considerable evidence now accumulated as to the unreliability of identification parades, and an English committee under the chairmanship of Lord Devlin is presently making a thorough investigation of the whole question. A memorandum to the committee from the National Council for Civil Liberties lists fifteen cases over a period of two years in which there was either admitted or strong evidence of persons convicted or remanded as a result of mistaken identification by witnesses. The Criminal Law Revision Committee, in its Eleventh Report, said that it regarded mistaken identification as 'by far the greatest cause of actual or possible wrong convictions.'

See Law Reform Commission of Australia, *supra*, note 15, para. 118 at p. 52. See also Hon. Lord Devlin, *Report to the Secretary of State for the Home Department of the Departmental Committee on Evidence of Identification in Criminal Cases* (London: HMSO, 1976).

189. (1941), 76 C.C.C. 270 (Ont. C.A.), at p. 271.

190. *Supra*, note 184, at p. 87. See also *R.* v. *Watson* (1944), 81 C.C.C. 212 (Ont. C.A.), where Robertson C.J.O. stated (at p. 215) that "[w]ithin proper limits, the use of photographs is not only helpful to the administration of justice, but is often indispensable."

191. See: *R.* v. *Ostrowski*, [1958] O.R. 708 (H.C.); *R.* v. *Akerholdt*, [1971] 3 W.W.R. 545 (Y.T. Mag. Ct.); *R.* v. *Friesen* (1977), 9 A.R. 361 (Dist. Ct.); *R.* v. *Lord* (1958), 120 C.C.C. 175 (Ont. H.C.); *R.* v. *Serré* (1980), 29 N.B.R. (2d) 324 (Q.B.); I. M. Rabinowitch, "Medicolegal Aspects of Chemical Tests of Alcoholic Intoxication" (1948), 26 *Can. Bar Rev.* 1437. But see also: *R.* v. *Oliver* (1972), 9 C.C.C. (2d) 526 (N.S. Co. Ct.); H. R. S. Ryan, "Use of Chemical Tests to Prove Impairment by Alcohol" (1959-60), 2 *Crim. L.Q.* 41. And see generally: McLeod, *supra*, note 83, at pp. 1-109 — 1-117.

192. See: *R.* v. *Servello* (1962), 40 W.W.R. 306 (B.C. Co. Ct.); *R.* v. *Miller* (1963), 42 W.W.R. 150 (B.C. Co. Ct.); *R.* v. *Adams* (1958), 30 W.W.R. 429 (Alta. Dist. Ct.); *R.* v. *Arnold* (1961), 38 W.W.R. 449 (Sask. Dist. Ct.); *R.* v. *Hann*, [1968] 4 C.C.C. 301 (N.S. Co. Ct.); *R.* v. *Brissette* (1966), 57 W.W.R. 1 (B.C. S.C.); *R.* v. *Bunniss* (1964), 50 W.W.R. 422 (B.C. Co. Ct.); *R.* v. *Lord*, *supra*, note 191. And see McLeod, *supra*, note 83, at pp. 1-109 — 1-117.

193. *Supra*, note 137, at p. 442.

194. Gibson J., cited by Cross, *supra*, note 137, at p. 448.

195. Cross, *supra*, note 137, at p. 448.

196. See: *R.* v. *Miller*, *supra*, note 192; *R.* v. *Dixon*, [1965] 2 O.R. 540 (Dist. Ct.); *R.* v. *Pollock* (1947), 90 C.C.C. 171 (Alta. Dist. Ct.); *R.* v. *Beauvais*, [1965] 3 C.C.C. 281 (B.C. S.C.); *R.* v. *Zarins* (1960), 125 C.C.C. 375 (Ont. C.A.). See also McWilliams, *supra*, note 142, at pp. 148-149.

197. (1980), 30 O.R. (2d) 247 (C.A.) at p. 260.

198. (1983), 31 C.R. (3d) 289 (S.C.C.).

199. [1965] 4 C.C.C. 318 (Ont. Dist. Ct.) *per* Robinson D.C.J. at p. 328.

200. *Ibid.* See Watts, *supra*, note 73, at pp. 45-46, where it is observed that:

> Despite the ambiguity of the results of the tests in a number of instances, in the usual case there is no substantial question in the officer's mind of the defendant's impairment, and these tests serve essentially to provide an extension of the number of different situations in which the defendant's behaviour may be noted. They allow the officer to take notes, give the jury objective descriptions of clinical symptoms, and add convincing detail to the stock description of slurred speech, staggering gait, fumbling with wallet, bloodshot eyes, odor of alcohol, and disarray of clothing.

201. *Supra*, note 199, at p. 328.

202. (1955), 111 C.C.C. 317 (Alta. Dist. Ct.).

203. *Ibid.*, *per* Sissons C.J.D.C. at p. 319.

204. *Ibid.*

205. (1953), 107 C.C.C. 220 (Nfld. S.C.) *per* Winter J. at p. 223.

206. [1914] A.C. 599 (P.C.) at p. 609.

207. See, *e.g.*: *R.* v. *Leggo* (1962), 133 C.C.C. 149 (B.C. C.A.); *R.* v. *Johnston*, [1965] 3 C.C.C. 42 (Man. C.A.); *R.* v. *McKenzie*, [1965]

3 C.C.C. 6 (Alta. S.C.A.D.); *Wilband* v. *The Queen*, [1967] S.C.R. 14; *Perras* v. *The Queen* (1973), 11 C.C.C. (2d) 449 (S.C.C.).

208. (1951), 98 N.E. 2d 553 (N.Y.C.A.) at p. 558.

209. (1979), 7 C.R. (3d) 97 (S.C.C.). See also *Ward* v. *The Queen* (1979), 7 C.R. (3d) 153 (S.C.C.).

210. His Lordship stated (at p. 139):

> I wish to add that the accused's absolute right to remain silent includes not only the right to censor any information which is on his conscious mind, but also the right to control the administration of artificial processes whereby unconsciously held information might emerge into consciousness. In this sense, the accused has the absolute right to censor his unconscious mind as well as his conscious one. The police must take the accused as they find him, and if it so happens that he suffers from hysterical amnesia, he has the right not to be cured against his will by the use of extraordinary means, however desirable his cure might be from a police or medical point of view.
>
> It would appear that hypnosis and narcoanalysis are used on a consensual basis by certain police forces as well as by the defence, and it has been argued that they can serve useful purposes: Spector and Foster, ante; Lowter [sic], ante.
>
> I refrain from commenting on such practices, short of noting that even the consensual use of hypnosis and narcoanalysis for evidentiary purposes may present problems; under normal police interrogation, a suspect has the opportunity to renew or deny his consent to answer each question, which is no longer the case once he is, although by consent, in a state of hypnosis or under the influence of a "truth serum."

211. As Garfinkel Prov. J. remarked in the case of *R.* v. *K.* (1979), 10 C.R. (3d) 235 (Man. Prov. Ct. (Fam. Div.)) at p. 250 with respect to statements obtained with the aid of hypnosis:

> Hypnotism is not infallible, and there are difficulties in obtaining truth from a hypnotized subject. The subject can mingle fact with fantasy. There may be a subconscious desire on the part of the subject to co-operate with the hypnotist.... The subject can give results, or may intend to give results, expected of him, or results which the subject feels will please the hypnotist. The subject, under hypnosis, may lie or distort the actual events in his mind. The hypnotist ... could suggest a

response or answer and easily effect the memory recall of the subject. This could come about unintentionally just by his association.... The subject could also intentionally and willfully lie to the hypnotist. Hypnosis itself does not guarantee truth.

212. (1928), 50 C.C.C. 271 (Alta. S.C.).

213. Macdonald, *supra*, note 67, at p. 261.

214. Redlich, *supra*, note 70.

215. See: R. S. Spector and T. E. Foster, "Admissibility of Hypnotic Statements: Is the Law of Evidence Susceptible?" (1977), 38 *Ohio St. L.J.* 567 at p. 582; L. M. Despres, "Legal Aspects of Drug-Induced Statements" (1947), 14 *U. Chi. L. Rev.* 601 at p. 606; D. K. Lowther, "Should Statements Made During Drug Interview Be Admissible into Evidence in Criminal Cases?" (1975), 7 *U.W.L.A.L. Rev.* 222 at p. 227; *State* v. *Hudson* (1926), 289 S.W. 920 (Mo. S.C.); *State* v. *Lindemuth* (1952), 243 P. 2d 325 (N.M.S.C.); *Orange* v. *Commonwealth* (1950), 61 S.E. 2d 267 (Va. S.C.A.); *People* v. *Harper* (1969), 250 N.E. 2d 5 (Ill. App. Ct.); 111 Ill. App. 2d 204; *Merritt* v. *Commonwealth* (1965), 386 S.W. 2d 727 (Ky. C.A.).

216. (1949), 7 C.R. 464 (Ont. H.C.).

217. There McRuer C.J.H.C. stated (at p. 478):

> Where the discovery of the fact confirms the confession — that is, where the confession must be taken to be true by reason of the discovery of the fact — then that part of the confession that is confirmed by the discovery of the fact is admissible, but further than that no part of the confession is admissible. Of all the authorities referred to, Taylor most nearly agrees with this view of the law.
>
> It is therefore permissible to prove in this case the facts discovered as a result of the inadmissible confession, but not any accompanying statements which the discovery of the facts does not confirm. Anything done by the accused which indicates that he knew where the articles in question were is admissible to prove the fact that he knew the articles were there when that fact is confirmed by the finding of the articles; that is, the knowledge of the accused is a fact, the place where the articles were found is a fact. If he does or says something that indicates his knowledge of where the articles are located, and that is confirmed by the finding of the articles, then the

fact of his knowledge is established. On the other hand, it is not admissible to show that the accused said he put the articles where they were found, as the finding of them does not confirm this statement. The finding of them is equally consistent with the accused's knowledge that some other person may have put them in the place where they were found.

218. See, *e.g.*: *R.* v. *Downey* (1954), 20 C.R. 213 (B.C. C.A.); *R.* v. *Briden* (1960), 33 C.R. 159 (Ont. C.A.); *R.* v. *Haase*, [1965] 2 C.C.C. 56 (B.C. C.A.); *R.* v. *Bird*, [1967] 1 C.C.C. 33 (Sask. Q.B.); *R.* v. *Armstrong* (1970), 11 C.R.N.S. 384 (N.S. S.C.A.D.).

219. [1971] S.C.R. 272. See also *John* v. *The Queen*, [1971] S.C.R. 781.

220. See Cross, *supra*, note 137, at p. 462.

221. [1978] 1 S.C.R. 18 at p. 24. And see: *R.* v. *Abbey* (1982), 29 C.R. (3d) 193 (S.C.C.) at pp. 208-214; *R.* v. *Campeau* (1983), 4 C.C.C. (3d) 13 (Alta C.A.).

222. *Supra*, note 207. And see: *R.* v. *Abbey*, *supra*, note 221, at pp. 208-214; *R.* v. *Campeau*, *supra*, note 221.

223. His Lordship stated (at pp. 459-460):

> [I]t is said... that whatever factual evidence would have been given by Dr. Demay as to statements made to him by the appellant could not have been accepted as evidence of the truth or falsity of their contents but only as the material upon which Dr. Demay could base his opinion and that had such evidence gone in before the jury it would have been the duty of the learned trial Judge to so instruct the jury in his charge. That kind of submission is most attractive as a legal theory. After many years of experience as a trial Court Judge, I am of the opinion that its practice is well nigh impossible. If a jury heard detailed before them statements made by the accused at length on April 25th and 27th of events which had occurred on the night of April 24th and 25th, they would be quite incapable of refusing to accept that evidence as applicable to the truth of such facts rather than limiting the effect of the evidence to merely establishing the basis for Dr. Demay's opinion. That difficulty was recognized by the learned trial Judge and was admitted by the Crown counsel in the following exchange:
>
> THE COURT: Because he happens to be a psychiatrist sent there by the Crown to examine the accused does this make

that admissible? Can I say to the Jury you recognize this evidence for what it is, that is, psychiatric evidence to rebut Dr. Coburn but not to determine the guilt or innocence of the accused as to whether or not he did the shooting?

MR. PICK: No, I don't think you can.

THE COURT: I can't.

See also M. Manning and A. W. Mewett, "Psychiatric Evidence" (1975-76), 18 *Crim. L.Q.* 325 at pp. 352-353.

224. *Supra*, note 212.

225. *Supra*, note 219.

226. *Supra*, note 13.

227. *R.* v. *Rowton* (1865), 10 Cox C.C. 25 (C.C.A.) *per* Cockburn C.J. at p. 29.

228. *Thompson* v. *The King*, [1918] A.C. 221 (H.L.) at p. 235.

229. *Thompson* v. *The King*, *supra*, note 228; *R.* v. *Robertson*, *supra*, note 8.

230. [1972] 1 O.R. 403 (C.A.) at p. 405.

231. *R.* v. *Lupien*, [1970] S.C.R. 263, *per* Ritchie J. at pp. 275-278.

232. J. Ziskin, *Coping With Psychiatric and Psychological Testimony*, 3rd ed., vol. 1 (Venice, Calif.: Law and Psychology Press, 1981) at p. 251.

233. *Ibid.*, at p. 260.

234. Comment, "The Psychologist as Expert Witness: Science in the Courtroom?" (1979), 38 *Maryland L. Rev.* 539 at pp. 565-566. Commenting specifically on projective tests, the author has continued (at pp. 573-574):

> Most projective techniques appear to lack adequate standardization with respect to both administration and scoring. Even subtle differences in the phrasing of verbal instructions and in examiner-subject relationships can appreciably alter performance on these instruments. Factors such as verbal ability, hunger, lack of sleep, drugs, anxiety, and frustration have also been shown to affect test results. In short, projective

technique responses can be meaningfully interpreted only when the examiner has extensive information about the circumstances under which they were obtained and the aptitudes and experiential background of the examinee. The normative data for many projective instruments may be completely lacking, grossly inadequate, or based on vaguely described populations. There is also a distinct lack of objectivity in the evaluation of projective instruments, and clinicians tend to rely solely on their "general clinical experience" to interpret test results.

In light of these difficulties, the author has concluded (at p. 575) that "[t]he continued popularity of psychological testing among clinicians despite all the negative data available concerning test accuracy remains a mystery."

235. As M. E. Schiffer has pointed out in his text on *Mental Disorder and the Criminal Trial Process* (Toronto: Butterworths, 1978) at pp. 88-89:

> Amnesia, though it is nearly always present after an automatic episode, is not in itself medical proof of automatism either. Usually, however, memory is irretrievable in true cases of automatism. This fact can be explained by reference to the well-recognized theory in psychiatry that memory involves three consecutive processes: *registration*, *retention* and *recall*. Suffice it to say that registration is something analogous to the formation of an image on a photographic plate. Basically it is the simple result of one's paying attention. Psychiatrists have found that mental disorder may impair attentiveness. Retention means exactly what it says: the permanent fixing of a memory in the mind once it has registered. Lastly, recall is the ability to "remember" a memory which has been registered, retained and, in effect, filed away. Psychogenic automatism (*i.e.*, automatism resulting from inorganic causes) and so-called "normal" automatism (*e.g.*, somnambulism) are said to impair registration, thus making recall impossible. This seems logical since, by definition, an automaton is unconscious and registration depends on attentiveness. Organic automatism (*i.e.*, caused by cerebral trauma, drugs, alcohol, temporal lobe epilepsy, etc.) will perhaps impair retention as well as registration. Grossly defective recall, on the other hand, may simply be feigned amnesia or may be symptomatic of a genuine *hysterical* amnesia. Hysterical amnesia which represents a failure of recall alone is *not* indicative of automatism, being merely an exaggeration of the natural human tendency to repress unpleasant memories. Furthermore, the fact that this form of amnesia is potentially recoverable — either through

hypnosis, the use of abreactive drugs, or quite often spontaneously — is proof of prior registration and retention. In short, the presence of this form of amnesia points to conscious behaviour rather than to automatism. Some writers have gone so far as to argue that repression is indicative of guilt and that amnesia due to failure of recall should weigh against the accused rather than in his favour.

236. (1972), 8 C.C.C. (2d) 209 (Sask. C.A.); aff'd (1973), 11 C.C.C. (2d) 449 (S.C.C.).

237. Woods J.A. of the Saskatchewan Court of Appeal summarized the psychiatric evidence as follows ((1972), 8 C.C.C. (2d) 209 at pp. 210-211):

> Dr. Coburn found symptoms of what might be amnesia in Perras. These he stated might be related to a heavy ingestion of alcohol, to hysterical amnesia, or to shamming. Hysterical amnesia usually arises when the recall of the forgotten material is so upsetting or so distressing that the mind blocks it out and refuses to remember it. Dr. Coburn administered sodium pentothal to Perras, a drug used to reduce the function of that part of the brain which registers memory. This part, known as the cortex, is used both in lying and in blocking of memory by hysteria. The witness stated that this drug is usually effective in breaking through hysterical amnesia. However, in the present case he was unable to overcome the amnesia and get back the memory of the events in question.
>
> Dr. Coburn concluded that Perras had suffered from organic amnesia rather than hysterical amnesia. In organic amnesia there is something wrong in the function of the brain and the only source of this on the information available appeared to Dr. Coburn to be alcohol. In organic amnesia there is no registration of the event on the mind. There can, therefore, be no recall. Therefore, reducing the function of the cortex by drugs produces no results.

The witness further testified in part as follows (at p. 211):

> MR. KLASSEN: Did the conclusion that you came to as to the type of amnesia that Mr. Perras was suffering from, did that indicate anything to you about the state of his mind regarding other functions at the time of the act, Dr. Coburn?
>
> A. Yes, if a person is sufficiently impaired in the function of his brain to be unable to register events then at the time the events occur he is unable to bring up into his mind the relative experience that makes those events meaningful.

An event, an act perhaps is the easier way to put it, an act that we do has meaning because we have memories about similar acts or what we have been told about acts. We have feelings, we have emotions, we have certain types of knowledge about moral values or legal values. But if your mind is so impaired that you can't register then you are not able to register those things from your own background. So that acts which occur in a state of mental impairment great enough to produce an organic amnesia are not governed by the usual sort of emotional, moral, legal feeling controls, because they are not operative at the time of this act.

THE COURT: Unable to form a judgment?

A. Unable to form a judgment, yes.

THE COURT: Or intent.

A. The intent in a sense must be there but it is an intent which arises out of the individual's unconscious.

THE COURT: Yes, but uncontrolled by judgment.

A. Uncontrolled by judgment.

238. See: *Wheeler* v. *LeMarchant* (1881), 17 Ch. D. 675 (C.A.); *Attorney General* v. *Mulholland*; *Attorney General* v. *Foster*, [1963] 1 All E.R. 767 (C.A.).

239. See *R.* v. *Warren* (1973), 14 C.C.C. (2d) 188 (N.S. S.C.A.D.).

240. See: *R.* v. *Potvin* (1971), 16 C.R.N.S. 233 (Qué. C.A.); *Dembie* v. *Dembie* (1963), 21 R.F.L. 46 (Ont. H.C.) at pp. 47-48; *Re S.A.S.* (1977), 1 *L. Med. Q.* 139 (Ont. Prov. Ct. (Fam. Div.)) at p. 141.

241. Psychiatric and psychological disclosures have been excluded from evidence by virtue of the operation of statute, on the exercise of judicial discretion, and as "work done in contemplation of litigation," however. See, *e.g.*: *Dembie* v. *Dembie*, *supra*, note 240, and *Kowall* v. *McRae and McRae* (1980), 2 Man. R. (2d) 78 (C.A.).

242. [1974] 4 W.W.R. 310 (B.C. Co. Ct.).

243. *Bill S-33* of 1982.

244. [1972] Crim. L.R. 99.

245. [1965] 1 All E.R. 506 (H.L.). See also *R.* v. *Dunning*, [1965] Crim. L.R. 372 (C.C.A.).

246. *Supra*, note 245, at p. 512.

247. *Ibid.*

248. See *R.* v. *Phillion* (1972), 10 C.C.C. (2d) 562 (Ont. H.C.); appeal dismissed on another point, 37 C.R.N.S. 361 at p. 362 (C.A.); aff'd [1978] 1 S.C.R. 18. But see: *R.* v. *McKay*, [1967] N.Z.L.R. 139 (C.A.); *Thomas* v. *The Queen*, [1972] N.Z.L.R. 34 (C.A.).

249. See *R.* v. *Phillion*, *supra*, note 248.

250. *Supra*, note 248.

251. In the words of Van Camp J. (at pp. 563-564):

> There is no question that through the years the matters calling for expert evidence have varied from time to time. There is no question that increasingly experts have tended to give evidence on matters which would seem to be exclusively for the jury; that more and more they have been permitted to assist; but one main reason for the exclusion of this kind of evidence of opinion must remain, and that is when its reception would not assist and might mislead. Where a jury, by reason of the technicality of the evidence, might be tempted blindly to accept the witness' opinion, then it is important that the witness' opinion must be free from all possibility of error; and in assessing this test I am indebted to the witness, who has made no exaggeration of its claims; who, on the basis of over thirty years of experience and the examination or supervision of examination of some forty thousand people, has reported on how the examination is given. In his cross-examination he stated that since 1960 there have been no major changes in the instrument used and so I am also indebted to the article in the Yale Law Journal, vol. 70, by Mr. Skolnick, for the analysis of such a test, which analysis was again in many respects corroborated by the witness.
>
> I find that in the test it is stated that the design of the questions affect the accuracy; that it is important to obtain the confidence of the subject; that the accuracy figures of one per cent possible error (and this was a maximum, because even only one-tenth of one per cent has been proven) and ten per cent inconclusive tests are unsatisfactory, in that only a part of the tests have been checked and, even if checked, the results were inconclusive as there was no independent means of checking.

The theory is based on two fundamental assumptions: that there is a regular relationship between lying and the emotional state, and a regular relationship between emotional state and body change. It was given in evidence that the act of lying evoked a variety of responses and that there were individuals who, for various reasons, believe in or are unconcerned about lies. The examiner had to assess whether the subject was physiologically, socially, mentally or emotionally disabled; the examiner had to assess his emotional tendencies, his control of his emotions and his behaviour attitude. The questions are adjusted accordingly and an erroneous conclusion on any of those would affect the questions and accuracy. Multiple skills are demanded of the examiner: interpretation is required by the examiner and the examiner is asked to state, not only a general tendency, but whether there has been a particular lie.

The point that causes difficulty is that the test may provide as good if not a better clue as to veracity than visual observation; but because of the weight that is put upon it and because of the various factors which introduce variables, I cannot find that it satisfies the test of expert opinion.

252. (1977), 33 C.C.C. (2d) 511 (B.C. S.C.).

253. [1978] 1 S.C.R. 18.

254. *Ibid.*, at p. 25.

255. [1978] 4 W.W.R. 468 (B.C. C.A.) at p. 470.

256. *Supra*, note 248, at p. 563.

257. *Supra*, note 253, at p. 20.

258. *Supra*, note 232, at p. 4.

259. (1978), 45 C.C.C. (2d) 303 (Ont. C.A.).

260. Criminal Law Reform Committee of New Zealand, *supra*, note 34, para. 49 at p. 20.

261. Subsection 235(1) of the *Code* provides, for example, that:

> Where a peace officer on reasonable and probable grounds believes that a person is committing, or at any time within the preceding two hours has committed, an offence under section 234 or 236, he may, by demand made to that person forthwith

or as soon as practicable, require him to provide then or as soon thereafter as is practicable such samples of his breath as in the opinion of a qualified technician referred to in subsection 237(6) are necessary to enable a proper analysis to be made in order to determine the proportion, if any, of alcohol in his blood, and to accompany the peace officer for the purpose of enabling such samples to be taken.

By subsection 240.1(1) of the *Code* an identical procedure is authorized "[w]here a peace officer on reasonable and probable grounds believes that a person is committing, or at any time within the preceding two hours has committed, an offence under subsection 240(4)...", *i.e.*, impaired navigation or operation of a vessel. Subsection 234.1(1) of the *Code*, which is somewhat different from the above provisions, states that:

> Where a peace officer reasonably suspects that a person who is driving a motor vehicle or who has the care or control of a motor vehicle, whether it is in motion or not, has alcohol in his body, he may, by demand made to that person, require him to provide forthwith such a sample of his breath as in the opinion of the peace officer is necessary to enable a proper analysis of his breath to be made by means of an approved road-side screening device and, where necessary, to accompany the peace officer for the purpose of enabling such a sample of his breath to be taken.

This provision relates essentially to screening, rather than to the investigation of, and the gathering of potential evidence with respect to, driving offences believed by a peace officer (on reasonable and probable grounds) to have been committed.

262. *Supra*, note 26.

263. For limitations on the operation of this provision, see: *R.* v. *McLarty (No. 2)* (1978), 40 C.C.C. (2d) 72 (Ont. Co. Ct.); *Re Michelsen and the Queen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 371 (Man. Q.B.).

264. C.R.C. 1955, p. 1855. This does not appear in C.R.C. 1978, though it has not been revoked.

265. *R.* v. *Toor* (1973), 11 C.C.C. (2d) 312 (B.C. S.C.).

266. It is interesting that these provisions do not specifically refer to psychiatric examination but refer only to "observation." See ss. 465, 543, 608.2, 691 and 738.

267. See, *e.g.*, s. 12 of the *Penitentiary Service Regulations*, C.R.C.

1978, c. 1251, as amended, under the *Penitentiary Act*, R.S.C. 1970, c. P-6, as amended.

268. [1967] 2 C.C.C. 6 (S.C.C.).

269. *Ibid.*, at p. 9. See Schiffer, *supra*, note 70, at p. 22. See also *Perras* v. *The Queen*, *supra*, note 207, at p. 451, where Crown counsel was quoted as having referred at trial to "the question of whether [the examinations of the accused by a Crown-retained psychiatrist] were in keeping with established and recognized psychiatric investigatory procedures."

270. (1977), 35 C.C.C (2d) 245 (Ont. C.A.) at p. 251. See also *R.* v. *Johnston*, *supra*, note 207, *per* Miller C.J.M. at p. 50, and *R.* v. *McAmmond*, [1970] 1 C.C.C. 175 (Man. C.A.) *per* Dickson J. A. (as he then was) at p. 178. In both cases there were *obiter dicta* to the effect that an accused who was the subject of a dangerous sexual offender application need not submit to the psychiatric examinations which were implicitly contemplated by the *Code*. While the accused had not in either case actually been *remanded* for observation since in fact there was at that time no provision in the *Code* for remand prior to a dangerous sexual offender hearing for the specific purpose of gathering psychiatric information relevant to the question of whether the accused was a dangerous sexual offender [see now s. 691], Professor A. W. Mewett has expressed the opinion that the *dicta* in *Johnston* and *McAmmond* "apply in respect of all psychiatric remands." See A. W. Mewett, "Note on Psychiatric Remands over Defence Objection" (1975-76), 18 *Crim. L.Q.* 27 at p. 28.

271. (1980), 52 C.C.C. (2d) 32 (Ont. H.C.).

272. *Ibid.*, at p. 37.

273. *Ibid.*

274. *Ibid.*, at p. 38. Where provincial mental health statutes are used, the situation may be different. Provisions in a number of statutes, rather than merely authorizing the *remand* of an accused for "observation" or the ordering of an accused to *attend* for "observation," authorize courts to order the actual psychiatric examination of accused persons. Some statutes, moreover, contain separate provisions for compelling the co-operation of accused persons who refuse to be examined.

275. It is difficult to separate completely the powers of search and seizure which are incident to arrest from the notion of investigative

testing. As the Australian Law Reform Commission has noted: "There is a very close overlap between the kind of activity which might constitute personal search incident to arrest ... and medical examinations." See Law Reform Commission of Australia, *supra*, note 15, para. 133 at p. 58.

276. *Supra*, note 33, para. 9 at p. 4. As the Australian Law Reform Commission has noted with regard to medical examinations performed on accused persons and criminal suspects (*supra*, note 15, para. 130 at p. 57):

> [T]he common law clearly does not require arrested or suspected persons to submit to medical examination without consent. The use of physical force, whether by a member of the police force, a medical practitioner or anyone else, to compel a person to submit to examination, or to furnish a sample of his blood, urine or other body sample, would constitute an assault and battery.

See *Ex parte Kearney*, [1966] Qd. R. 306 (S.C.) at p. 311.

277. In *R.* v. *Turnick (No. 2)*, *supra*, note 65, for example, samples of a discharge were taken from the accused's penis by means of prostate massage and the use of a catheter to be analyzed for gonorrheal infection. The accused in this case was charged with raping a seven-year-old girl who allegedly contracted gonorrhea from him. Mellish J. expressed doubts as to the legality of forcing an accused person to submit to medical examination, saying (at p. 77):

> ... I do not think it at all clear that the accused, who is apparently a foreigner unable to speak English, consented to the examination. On the other hand, I think it more probable that the accused thought he had to submit to such an examination. I think it was at least incumbent on the Crown *in limine* to prove circumstances which would render such an examination ... permissible, if such a state or circumstances could exist, as to which I offer no suggestion.

278. (1948), 93 C.C.C. 111 (Que. Sess.).

279. In its view (at p. 113):

> At the present stage of the economy of the criminal law, it can be said that the person of the accused is inviolable and that the right that each individual reserves as to his person cannot be taken away. This is forbidden domain. We must be imbued with the principle that the accused is free. It behooves the representatives of authority to find the evidence to bring

about the conviction of an accused when they believe him guilty, but he is not obliged to help them in this work by incriminating himself. A blood test constitutes an attack upon the human body and it is not within the power of a Judge to order it if the law does not authorize it. Taking the pulse and blood pressure are basically merely similar means to the conviction of the accused. It is different when it is a matter of finger prints because a special statute permits their being taken.

280. (1949), 94 C.C.C. 392 (Qué. K.B.).

281. [1965] 4 C.C.C. 298 (Ont. H.C.). See also: *W.* v. *W. (No. 4)*, [1963] 2 All E.R. 386, aff'd [1963] 2 All E.R. 841 (C.A.).

282. C. C. Savage, "Blood Tests in Intoxication Cases" (1950), 96 C.C.C. 241 at p. 244.

283. *Ibid.*

284. (1961), 36 C.R. 243 (B.C. Mag. Ct.) at p. 243. See *R.* v. *Weller* (1917), 40 O.L.R. 296 (H.C.) where the legality of subjecting the accused to medical examination was not commented upon. It is not clear from the report of this case, however, whether the accused had submitted voluntarily.

285. [1965] 1 C.C.C. 130 (B.C. C.A.).

286. (1952), 103 C.C.C. 175 (N.S. S.C.).

287. But see *R.* v. *Whittaker* (1924), 42 C.C.C. 162 (Alta. S.C.) where it was held that an accused person testifying in his own behalf could be ordered by a magistrate to supply a sample of his handwriting regardless of whether this would tend to incriminate him, since the relevant provision of the *Canada Evidence Act* applied only to the answering of questions. See *contra*: *R.* v. *Grinder* (1905), 10 C.C.C. 333 (B.C. S.C.); *R.* v. *Henderson* (1911), 18 C.C.C. 245 (Qué. Gen. Sess.) which were expressly disapproved of in *Whittaker*.

288. See Indian Law Institute, *supra*, note 16, at pp. 12-13. See also L. House, "Criminal Procedure — Self-Incrimination — Scientific Tests of Body Substances as Evidence" (1955-56), 44 *Kentucky L.J.* 353 at p. 358 where it is noted that "[t]here are factual situations where it would be difficult to analyze the conduct of the accused as to active or passive behaviour."

289. (1975), 24 C.C.C. (2d) 1 (S.C.C.).

290. *Ibid.*, at p. 7.

291. *Ibid.*

292. [1964] 2 All E.R. 610 (C.A.).

293. *Ibid.*, at p. 617.

294. *Supra*, note 289, at p. 8.

295. G. Williams, "Identification Parades—I," [1963] *Crim. L.R.* 479, at pp. 480-481.

296. (1977), 77 D.L.R. (3d) 252 (B.C. Prov. Ct. (Fam. Div.)).

297. R.S.C. 1970, c. J-3, as amended.

298. *Supra*, note 26.

299. *Supra*, note 148.

300. [1933] S.L.T. 482.

301. (1957), 118 C.C.C. 365 (N.B. S.C.A.D.).

302. *Supra*, note 296, at p. 276.

303. *Ibid.*

304. *Ibid.*, at p. 277.

305. *Supra*, note 219.

306. (1974), 18 C.C.C. (2d) 65 (S.C.C.).

307. *Supra*, note 296, at pp. 281-282.

308. *Supra*, note 36.

309. *Ibid.*, at p. 18.

310. *Ibid.*

311. *Ibid.*, at p. 19.

312. (1978), 2 C.R. (3d) 55 (B.C. C.A.).

313. *Ibid.*, at p. 73. His Lordship's conclusion was based on a thorough analysis of the Scottish and Canadian cases cited by the learned Trial Judge. The first of these was *Adair* v. *M'Garry* (*supra*, note 300). There Lord Justice-General Clyde had considered fingerprinting to be an incident of arrest analogous to a body search. Lord Sands and Lord Morison expressed similar opinions. As Branca J.A. (*supra*, note 312, at pp. 63, 65) pointed out, however, His Lordship cited no actual authority to demonstrate that the justification for such procedure was based upon the common law of England. Lord Justice-Clerk Alness, on the other hand, took the position that as fingerprinting was a fairly modern technique, one could hardly expect to find established common law authority for its specific practice. Nevertheless, it was his opinion (at p. 489) that:

> [T]he power claimed by the police is a reasonable and proper power, necessary for the investigation of crime and for the detection of the criminal, and ... it involves no undue invasion of the rights of the individual. To balance the claims of public interest on the one hand and the claims of private interest on the other is often not an easy task; but in this case I do not think it is difficult. There is, as the Lord Advocate said, no suggestion that the police, who have in the past claimed and exercised the powers which in this case are challenged, have abused these powers; there is no public outcry against the system; and, as the right claimed by the Crown is not withheld by the common law, and would in my opinion, if denied, hamper the police in the investigation and detection of crime, I am for sanctioning the right which the Crown claims, and I am for rejecting the argument which would negative its existence.

His Lordship went on to add, however (at p. 489):

> Since writing the above opinion my attention has been drawn to a circular issued by the Home Office on 14th January 1926 (481468/34), which seems to proceed on the view that the police in England have at common law no power to take the finger-prints of an accused person, and that these finger-prints may only be taken — should the accused object — after he has been "remanded to prison," and an order authorising the taking of finger-prints has been obtained either from the Secretary of State or from a Justice of the Peace. No similar circular has, I am informed, been issued in Scotland; and

> nothing in the Home Office circular would lead me to think that the views regarding the law of Scotland which I have expressed in my opinion are otherwise than sound.

In Branca J. A.'s opinion, "[t]his portion of his judgment indicates to me that at least the home office in England was of opinion that the police had no power at all, based upon the common law of England, to take fingerprints." (p. 65)

Lord Hunter, who considered the question at length, concluded that there was in fact no common law power of the police with regard to the fingerprinting of suspects. He said (at pp. 489-90):

> It may well be asked whether the right claimed for the police — for it involves a right to commit assault upon the person of a suspect — is consistent with the common law doctrine of the personal liberty of the subject.
>
> When the point was raised and argued before me in the case of *Inglis* (Glasgow Circuit, 14th December 1932, not reported) I asked counsel for the Crown whether he could cite any passage from any authoritative writer on Scots criminal law or from the considered opinion of any Scots judge who had presided over a criminal trial in favour of his contention. No such citation was forthcoming. On the other hand, counsel for the accused referred me to a civil case (*Adamson* v. *Martin*, 1916 S.C. 319) where the judges expressly negatived the claim made by the Crown. In that case a youth of seventeen was charged with the commission of a criminal offence. He was not arrested, a day was fixed for his trial and he was liberated on bail. After he had been charged a representative of the police, without his consent, obtained a photograph of him and took his finger-prints. At his trial he was acquitted, and he then brought an action to have the photograph and finger-tip impressions destroyed and for damages. It was held that the detective's actings in taking the photograph and finger-tip impressions were illegal, and had no warrant either at common law or under statute. It appears clear that, if the contention of the Crown in this case be sound, the Court could not have found that the detective's actings were a wrong at common law. As the accused had not been committed to prison pending trial the detective was not in a position to apply for warrant under the regulations to which I shall subsequently refer. The accused was, however, a person suspected by the police of having committed a crime. In the forefront of the argument for the pursuer, as appears from the report, it was maintained — and had to be maintained, I think, as a condition of success —

that the police had no right at common law to take photographs or finger-prints of prisoners. The Lord Justice-Clerk in the course of his opinion said (at p. 324):

> In my opinion there is no common law which would authorise what here was done in the way of photographing the pursuer and taking imprints of his fingers.

Having considered the various judgments in *Adair*, Branca J. A. concluded (at p. 71) that "[t]he foregoing analysis of the case completely destroys any suggestion that the taking of fingerprints, aside from statutory authority, is authorized by the common law of England."

314. *Supra*, note 148.

315. *Supra*, note 312, at p. 73.

316. (1944), 82 C.C.C. 264 (Man. K.B.).

317. *Ibid.*, at p. 267.

318. (1978), 45 C.C.C. (2d) 157 (P.E.I. S.C.A.D.), rev'g (1978), 4 C.R. (3d) 353.

319. *Ibid.*, at p. 161.

320. Unreported, Jan. 31, 1978 (Ont. Dist. Ct.); (1977-78), 2 W.C.B. 184.

321. Relying on the case of *Marcoux and Solomon* v. *The Queen*, Vannini J. stated (at pp. 3-4 of the original judgment):

> There is no difference in my view between compelling a suspect to take part in a lineup for purposes of making an identification from compelling an accused to submit himself to fingerprinting for purposes of identification and in respect of the forceful taking from a suspect of his finger prints it is subject to the same caution laid down in *Marcoux and Solomon* v. *The Queen* in respect to the application of force to compel an accused or a suspect to take part in a lineup but that *reasonable compulsion in the taking of fingerprints in situations not covered by the Identification of Criminals Act is an incident to the police power to arrest and investigate* and admissible in evidence....
>
> I also hold that there is no obligation upon the police officer to have informed the accused that it was his right to refuse to submit himself to fingerprinting any more than there is an

obligation on a police officer, having regard to *Marcoux and Solomon*, to inform the accused that it is his right to refuse to participate in a lineup for the Court there held that to require an accused to do so is an incident to the police power to arrest and investigate and that it is the right of the police to do so and not the right of an accused to refuse to take part in a lineup or to refuse to submit to being fingerprinted. [Emphasis added]

322. (1982), 70 C.C.C. (2d) 71 (B.C. C.A.) rev'g (1981), 64 C.C.C. (2d) 155 (B.C. S.C.). Leave to appeal to S.C.C. granted Oct. 22, 1982.

323. See: *R.* v. *Ireland* (1970), 126 C.L.R. 321 (Aust. H.C.) *per* Barwick C.J. at p. 334; *R.* v. *Hass*, [1972] 1 N.S.W.L.R. 589 (C.C.A.); *Adamson* v. *Martin*, [1916] S.C. 319.

324. Sir C. Philips, *Royal Commission on Criminal Procedure: The Investigation and Prosecution of Criminal Offences in England and Wales: The Law and Procedure*, Cmnd. 8092-1 (London: HMSO, 1981), para. 95 at p. 34.

325. *Ibid.*

326. See: *Attorney General of Québec* v. *Begin* (1955), 21 C.R. 217 (S.C.C.); "Police Warned of Civil Suits," *Globe and Mail*, Nov. 20, 1981, p. 10.

327. *Supra*, note 289.

328. *Ibid.*, at p. 7.

329. *Ibid.*

330. See *Marcoux and Solomon*, *supra*, note 289, at p. 7. And see our analysis of the "advancement of justice" defence at pp. 111-119 of Working Paper 29 on *The General Part: Liability and Defences* (Ottawa: Supply and Services, 1982).

331. See *R.* v. *McIntyre*, [1952] 2 D.L.R. 713 (Alta. S.C.).

332. In *R.* v. *McNamara* (1950), 11 C.R. 147 (Ont. C.A.), for example, where a blood sample was taken from an injured but consenting accused at the request of the police, evidence of its analysis was later held to be admissible at the accused's trial on a charge arising out of the car accident in which he was injured. This ruling was upheld on appeal. As the Trial Judge (quoted with approval at pp. 150-51) had stated:

> I am not prepared to hold in this case that there was anything improper in the actions of the doctor in taking the sample of the prisoner's blood. The doctor asked the prisoner if he might take it and the prisoner assented to his doing so. I am not prepared to assume that the prisoner was in such a state of mind that he could not give a valid consent. I do not believe that there is enough evidence before me to lead me to the conclusion that there is even a reasonable doubt as to his being so bereft of his senses that he could not give a valid consent, but, *even if this specimen were taken without his consent and against his will, while such action would be an invasion of this man's private rights, and would in fact constitute a trespass to his person, he would at most have a cause of action against the doctor sounding in tort. I am not prepared to hold that the sample or the analysis of it may not be offered in evidence either for or against the accused.* [Emphasis added]

In *R.* v. *Baker* (1952), 14 C.R. 289 (Ont. Dist. Ct.) blood had been taken from an accused person while he was unconscious in hospital following a car accident. This was done by the attending physician following the request of an investigating police officer. Though it was argued at the accused's trial on a charge of driving while intoxicated that the effect of ss. 285(4*d*) and (4*e*) (similar to what are now ss. 237(1)(*b*) and 237(2)) was to render inadmissible evidence concerning analysis of a blood sample taken without the accused's consent, this argument was rejected.

In *R.* v. *Devison* (1974), 21 C.C.C. (2d) 225 (N.S. S.C.A.D.), blood was taken from an injured accused in hospital after he had allegedly been told that the purpose of such procedure was to determine his blood alcohol level and after he had allegedly signed a consent form. The results of the blood test were admitted as evidence at the accused's subsequent trial for criminal negligence causing death despite the accused's insistence that he did not remember consenting to the taking of blood. As the learned Trial Judge said (at p. 230): "Evidence of the condition of the body however illegally it may have been obtained" would be admissible, "even if he had been knocked down and beaten and the blood sample extracted from him...." The accused's appeal from his conviction was subsequently dismissed by the Appeal Division of the Nova Scotia Supreme Court, Macdonald J. A. stating simply with regard to this point (at p. 234) that: "[I]t matters not ... whether the blood sample was taken with or without consent — the sample and the results of the chemical analysis were admissible in evidence." In so ruling, it is clear that His Lordship placed considerable reliance on

the decision of the Supreme Court of Canada in *Attorney General of Québec* v. *Begin*. There Kerwin C.J.C. (with whom Abbott J. concurred) had said (*supra*, note 326, at p. 219):

> In the present case the accused consented, but I agree with the judgment in the *McNamara* case that even if he had not been asked and therefore had not consented the evidence would be admissible. To the same effect is the judgment of the Court of Criminal Appeal in England in *Rex* v. *Nowell*, [1948] 1 All E.R. 794, 32 Cr. App. R. 173. It was not suggested in that case that force had been used to examine Nowell and there is no suggestion in the present case that any force had been exercised. As stated by the Judicial Committee of the Privy Council in *Kuruma* v. *The Queen*, [1955] A.C. 197 at 203:
>
> > ... the test to be applied in considering whether evidence is admissible is whether it is relevant to the matters in issue.
>
> And at p. 204, it was pointed out that
>
> > ... when it is a question of the admission of evidence strictly it is not whether the method by which it was obtained is tortious but excusable but whether what has been obtained is relevant to the issue being tried.

333. *Supra*, note 326.

334. [1918] 1 K.B. 531 (C.C.A.).

335. *Ibid.*, at p. 533.

336. *Ibid.*, at p. 538.

337. [1948] 1 All E.R. 794 (C.C.A.).

338. Having referred to these cases, His Lordship went on to say (*supra*, note 326, at p. 230):

> [I]n the two cases just cited, the English Court of Appeal ... did not give effect to this theory of inviolability of the person which was in question in *Rex* v. *Fréchette*, *supra*. Also to my knowledge there has never been, for these reasons, exclusion, as inadmissible, from the evidence at the trial, of the report of facts definitely incriminating the accused and which he supplies involuntarily, as for example: — his bearing, his walk, his clothing, his manner of speaking, his state of sobriety or intoxication; his calmness, his nervousness or hesitation, his

marks of identity, his identification when for this purpose he is lined up with other persons; the presence on him of stolen objects or objects the possession of which, being forbidden to the public, constitutes a breach of the law and affords ground for criminal prosecution, such as narcotics, spiritous liquors unlawfully manufactured or imported, and others. Without doubt, the method used for obtaining this kind of evidence may, in certain cases, be illegal and may even give occasion for recourse to civil or even criminal action against those who have used it, but there is no longer any discussion of the proposition declaring that in such cases the illegality affecting the method of obtaining the evidence does not affect, *per se*, the admissibility of this evidence at the trial.

339. (1961), 34 C.R. 350 (Alta. S.C.).

340. In the words of Milvain J. (at p. 354):

> In my view the blood test cases do not apply to tests such as were imposed in the case at bar. Here the accused was asked to do things that were within the control of his own volition and might well be affected by his state of mind. If he was frightened or made nervous by those in authority his control of his members might well become shaky and uncontrolled. I am therefore of the view that no such tests can be placed in evidence unless they are established as being voluntary in the same manner as must an oral or written statement.

341. *Supra*, note 284.

342. (1961), 35 C.R. 276. There Macdonald J. A. (Smith C. J. A. and Kane J. A. concurring) said *inter alia* (at pp. 280-289):

> To establish whether or not a statement made by an accused is admissible, there is a "trial within a trial," commonly called a "*voir dire*." At such *voir dire* evidence of all the circumstances surrounding the making of the statement must be given, including the production by the Crown, at least for cross-examination, of all witnesses who were present when the statement was made unless an adequate explanation is given for the absence of any such witnesses. At such *voir dire*, the accused has the right to call witnesses, including himself, in an endeavour to demonstrate that there may be other circumstances that would cause the trial judge to doubt the voluntary character of the statement.
>
> Do tests performed by an accused at the request of the police fall into the same category? In other words, is the

burden on the Crown to satisfy the Court that the tests were voluntarily made in the same sense that voluntary statements of the accused are admitted in evidence? It does seem to me that there is no analogy between the taking of such tests by policemen and the taking of a statement which is not voluntary for there is a fundamental difference between statements made by an accused and the actions and conduct of an accused.

Experience teaches that under certain circumstances and stresses some persons may make statements that are entirely untrue, even to the extent that they may falsely acknowledge guilt.

In dealing with the subject that a confession made under certain circumstances is testimonially untrustworthy, Wigmore, 3rd ed., vol. 3, states at p. 246:

> The principle, then, upon which a confession may be excluded is that it is, under certain conditions, *testimonially untrustworthy*.

...

On the other hand, it seems to me that the question of the admissibility of evidence of the police of their observation of tests made in the present case rests on entirely different footing. That evidence falls from lips other than the accused's. The accused was at the police headquarters in the presence of two constables and was asked by Sergeant Grandis to perform certain tests, (a) To walk down the corridor from the waiting room to the cell block; (b) To stand on one foot and with one hand pick up a coin from the floor; (c) To close his eyes and with his right index finger touch his nose; (d) The sergeant having placed his elbow on the counter, with forearm and index finger upraised, the accused was asked to touch the raised finger with his own forefinger.

The evidence of what the accused did in relation to the tests in question is factual. Each policeman present during such test could testify as to the manner in which the accused person performed such tests. Each would be testifying as to his observations. While each would be testifying as to a fact, the evidential value of such observations would be for the tribunal to assess, in the light of all the circumstances of the case. Such evidence is clearly relevant to the question as to whether the accused was or was not under the influence of liquor.

...

I am clearly of the opinion that the rule requiring the prosecution to prove that a statement of an accused was

voluntary before it can be introduced into evidence does not apply to evidence of sobriety tests of an accused by policemen.

Johnson J.A., though he concurred with the judgment of Macdonald J.A., did so with some reservations. He said (at pp. 292-293):

> Reference has been made to the blood test cases and it has been argued before us that these decisions should by analogy be applied to the present case. There is one important difference in this case in that the acts of the accused while performing the tests were exercising volition, while blood tests are unaffected by the conduct of the accused. Because the accused could, if he were induced to do so, feign a greater degree of drunkenness than actually existed, the learned judge appealed from has held that the rules relating to the admission of incriminating statements and confessions should be applied to tests of the kind which the accused was asked to perform in this case.
>
> The reason why evidence of confessions and incriminating statements has been hedged about by rules which must be observed before it can be admitted is because experience has shown that such evidence is often unreliable. For several centuries it has been recognized that confessions induced by torture are of little or no value. Equally suspect are such statements when they follow coercion of a type which is commonly called "the third degree." The more subtle inducement by threat or promise can readily extract confessions of doubtful value when they are obtained from persons who find themselves, often for the first time, in serious trouble, and who believe that such statements are the easiest and surest method of getting free. It is a natural reaction of persons in trouble to want to explain how misfortune overtook them. Persons in authority who are not too scrupulous can play upon the anxiety and fear of such persons and by threats and promises obtain statements whose truth the law has rightly held to be suspect, and has required that before any confession or incriminating statement is tendered in evidence in a criminal case, it first must be proved to have been given voluntarily.
>
> I suppose it is possible to conceive of circumstances, when induced by threats or promises, a person suspected of being intoxicated might be induced to exaggerate his actions to indicate a greater degree of intoxication and if it can be proved that such is the case, evidence in the form of observation of such conduct should not be acted upon.

Nevertheless, His Lordship felt (at p. 293):

> The chances that a person may be induced to sham intoxication in this way are so remote that rules such as surround the admission of confessions and incriminating statements are, in my opinion, unnecessary. The two kinds of evidence, *i.e.*, the giving of statements and the performing of tests, are so different (and the desire to explain which is so easy to prey upon is entirely absent in the present case) that one cannot supply an analogy for the other.

Porter J.A. dissented, however, stating (at pp. 291-292):

> It is said that the prospect of an accused person feigning drunkenness in these tests is remote. Of that there can be no doubt. It is not, however, so remote that in the face of an appropriate threat or reward, an accused person might not feign impairment during the test. That the prospect is remote does not justify a change in the rule, because any rules affecting the liberty of the subject, and this one does, must be designed to prevent injustice every time and not just most of the time.

It is submitted that in deciding whether the investigative test procedures in question were sufficiently analogous to confessions so that the voluntariness rule ought to apply thereto as well, the majority in *Martin* have obfuscated what is surely the valid distinction drawn by Porter J. A. and the learned Trial Judge between blood test evidence and evidence arising from less inherently reliable investigative tests.

343. [1969] Crim. L.R. 39.

344. *Ibid.*, at p. 40

345. *Ibid.*

346. *Supra*, note 13.

347. By s. 24(2):

> Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstancs, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

348. *Supra*, note 13.

349. R.S.C. 1970, App. III.

350. (1972), 18 C.R.N.S. 281 (S.C.C.).

351. Abbott, Hall, Spence and Pigeon JJ. concurring.

352. *Supra*, note 350, at p. 296.

353. *Ibid.*, at p. 300.

354. *Ibid.*, at p. 285.

355. *Supra*, note 332.

356. *Supra*, note 289.

357. *Supra*, note 270.

358. *Ibid.*, at pp. 250-51.

359. *Ibid.*, at p. 251.

360. *Ibid.*, p. 250.

361. See: *R.* v. *Altseimer* (1982), 29 C.R. (3d) 276 (Ont. C.A.); *R.* v. *Holman* (1982), 28 C.R. (3d) 378 (B.C. Prov. Ct.); *R.* v. *MacDonald* (1982), 1 C.C.C. (3d) 385 (Ont. Co. Ct.); *R.* v. *Stasiuk* (1982), 8 W.C.B. 256 (Ont. Prov. Ct.).

362. See *Re Jamieson and the Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 430 (Qué. S.C.).

363. See: *R.* v. *McGregor* (1983), 3 C.C.C. (3d) 200 (Ont. H.C.); *R.* v. *Glass* (1982), 9 W.C.B. 164 (B.C. Prov. Ct.); *R.* v. *Holman*, *supra*, note 361; *Re Jamieson and the Queen*, *supra*, note 362.

364. Emphasis added.

365. See *R.* v. *Holman*, *supra*, note 361. And see *Curr* v. *The Queen*, *supra*, note 350.

366. See *Re Jamieson and the Queen*, *supra*, note 362.

367. See, however, s. 5(1) of the Bill, which states that "[n]othing in Part I shall be construed to abrogate or abridge any human right or fundamental freedom not enumerated therein that may have existed in Canada at the commencement of this Act." According to R. E. Salhany, *Canadian Criminal Procedure*, 3rd ed. (Toronto: Canada Law Book, 1978) at pp. 50-51: "It is the fundamental right of every citizen in Canada to be secure against unreasonable and arbitrary searches by the police...."

368. See *R.* v. *Glass*, *supra*, note 363.

369. See *R.* v. *Holman*, *supra*, note 361.

370. See: *Bell* v. *Wolfish* (1979), 441 U.S. 520 (S.C.); *Ker* v. *California* (1963), 374 U.S. 23 (S.C.).

371. See: *Arkansas* v. *Sanders* (1979), 442 U.S. 753 (S.C.); *Mancusi* v. *DeForte* (1968), 392 U.S. 364 (S.C.); *Michigan* v. *Tyler* (1978), 436 U.S. 499 (S.C.); *Pennsylvania* v. *Mimms* (1977), 434 U.S. 106 (S.C.); *Terry* v. *Ohio* (1968), 392 U.S. 1 (S.C.); *Warden* v. *Hayden* (1967), 387 U.S. 294 (S.C.).

372. See *Terry* v. *Ohio*, *supra*, note 371, at p. 21; H. D. Hanes, "Constitutional Law: Search and Seizure: An Analysis of Federal and Oklahoma Law in Light of Recent Chicago Strip Search Cases" (1981), 34 *Okla. L. Rev.* 312 at pp. 316-17. Note that under Rule 312(e) of the United States Military Rules of Evidence, intrusive body searches, including the forced ingestion of substances to compel bodily elimination of whatever is being searched for, is expressly permitted. See M. W. Merritt, "Significant Intrusions under the Military Rules of Evidence" (1981), 67 *Va. L. Rev.* 1069.

373. See: *United States* v. *Robinson* (1973), 414 U.S. 218 (S.C.) at p. 236; *Rochin* v. *California* (1952), 342 U.S. 165 (S.C.); Hanes, *supra*, note 372, at pp. 322-23.

374. *Supra*, note 138.

375. *Ibid.*, at p. 296.

376. See *R.* v. *McGregor*, *supra*, note 363.

377. *Supra*, note 263.

378. See *R.* v. *Graling* (1978), 17 A.R. 347 (Dist. Ct.).

379. Subsection 237(2) of the *Code*, however, (which, by virtue of s. 240.3, applies to proceedings under ss. 240 and 240.2 in addition to proceedings under ss. 234 and 236) provides expressly that:

> No person is required to give a sample of blood, urine or other bodily substance for chemical analysis for the purposes of this section except breath as required under section 234.1, 235 or 240.1, and evidence that a person failed or refused to give such a sample or that such a sample was not taken is not admissible nor shall such a failure or refusal or the fact that a sample was not taken be the subject of comment by any person in the proceedings.

380. *Supra*, note 289. See also: *R.* v. *Belanger* (1975), 24 C.C.C. (2d) 10 (Ont. C.A.); *R.* v. *Holberg and Russell* (1978), 42 C.C.C. (2d) 104 (Ont. Co. Ct.).

381. Quoted at p. 3.

382. *Ibid.*

383. (1973), 13 C.C.C. (2d) 309.

384. His Lordship ruled (at pp. 8-10) as follows:

> As to the admissibility of evidence of refusal by Marcoux to participate in a line-up, it is only necessary to observe that the trial tactics of defence counsel made this evidence admissible beyond any question; admissible, not for the purpose of proving guilt, but to explain the failure to hold an identification parade and the necessity, as a result, to have Fleskes confront Marcoux, a procedure which counsel for Marcoux so roundly criticized: see *R.* v. *Brager*, [1965] 4 C.C.C. 251 at p. 253, 47 C.R. 264, 52 W.W.R. 509.
>
> ...
>
> I find nothing wrong with the Judge's charge to the jury. He told the jury there was no statutory authority to force an accused person or a suspect or a person at a police station into a line-up. That is a correct statement; if it is subject to any criticism, it is that it is too favourable to the accused. The Judge then told the jury it was up to them to decide on the totality of the evidence what significance they would attach to Marcoux's refusal to participate in a suggested line-up. I do not think the Judge erred in so instructing the jury. The evidence of the refusal was simply one more piece of evidence bearing upon the single issue, identification. It explained the

failure to hold a line-up. The jury could take it into account. It was relevant and admissible and an inference could be drawn from it — if it was not open to any inference it was not relevant and not admissible. Even in such a matter as the failure of an accused to testify, although neither Judge nor counsel can comment upon the failure, a jury is free to draw, and I have no doubt frequently does draw from the failure, an inference adverse to the accused.

I would dismiss the appeals.

385. (1977), 41 C.C.C. (2d) 413 (Ont. Co. Ct.).

386. *Ibid.*, at p. 415.

387. *Supra*, note 285.

388. Speaking for the British Columbia Court of Appeal, Davey J.A. said (at p. 131):

> [T]here was no obligation resting on the respondent to perform tests calculated to prove or disprove the alleged impairment. It was clearly his common law right to refuse to incriminate himself by performing these tests, and to require the Crown to prove its case against him at the trial without his assistance. In my respectful opinion, no inference of guilt can be drawn against the respondent because he stood on those rights and refused to submit to the physical tests.

389. (1965), 47 C.R. 264 (B.C. C.A.) at p. 266.

390. *Supra*, note 281.

391. In the words of Gale C.J.H.C. (at pp. 299-300):

> The accused was acting within his common law legal rights in refusing to provide a sample of his blood to the police. To admit evidence at this stage that he declined to do so would, in my view, be most unfair. The only purpose for which this evidence is put forward is to suggest the inference that the accused felt he had something to hide. The accused had a right to refuse, and I do not think that the jury should be invited to draw an inference prejudicial to him because of his exercise of that right.
>
> This position is logically consistent with the provisions of s. 224(4) [now 237(2)]. Had the accused been charged under s. 223 [now 234] with driving while impaired, a much less

grave offence, the fact that he refused to give a sample could not be given in evidence at the trial. A far greater reason to follow the same course exists, as it seems to me, in logic and in reason, when he is charged with causing death by criminal negligence, where the criminal negligence is based upon an allegation of impairment.

392. *Supra*, note 259.

393. Speaking for that Court, Martin J.A. said (at p. 310):

> The respondent in refusing to provide a sample was acting within his common law rights in so refusing. The admission of evidence of his refusal to provide the sample might, however, cause the jury to conclude that the respondent had something to hide and be gravely prejudicial to him: see *R.* v. *Burns*, [1965] 4 C.C.C. 298, 51 D.L.R. (2d) 393, [1965] 2 O.R. 563. The defence had not opened up the subject by cross-examination as to whether the respondent had been subjected to any tests, which would, of course, have entitled the Crown to show that a test had been offered and refused: see *R.* v. *Brager*, [1965] 4 C.C.C. 251 at p. 253, 47 C.R. 264, 52 W.W.R. 509. This was not a case where there was an attack upon the police for failing to follow proper procedures, which the Crown was entitled to rebut by showing that the accused's refusal to co-operate prevented the appropriate procedures from being followed: see *Marcoux and Solomon* v. *The Queen* (1975), 24 C.C.C. (2d) 1, 60 D.L.R. (3d) 119, [1976] 1 S.C.R. 763. Nor do we think that, in the circumstances of this case, evidence that the respondent refused the test was necessary to prevent a distorted picture from being presented to the jury as in *R.* v. *Sweeney (No. 2)* (1977), 35 C.C.C. (2d) 245, 76 D.L.R. (3d) 211, 16 O.R. (2d) 814.
>
> We are also of the view that, even if there were some tenuous ground for holding evidence of the respondent's refusal to take the test to be admissible, the trial Judge in the circumstances, because of the gravely prejudicial nature of the evidence, would have been justified in excluding it in the exercise of his discretion.

394. *Supra*, note 270.

395. *Ibid.*, at p. 249.

396. *Ibid.*, at p. 251.

397. In Zuber J. A.'s words (at p. 252):

> It is, after all, the accused who has raised the defence and made his sanity an issue. Can it be said he has the exclusive right to call psychiatric evidence and also to deny the prosecution even the ability to explain why the Crown has called no evidence to meet this issue? It has been submitted that the Crown psychiatrists can testify on a hypothetical basis, or from having observed the accused in the court-room. However,the cross-examination of the Crown's psychiatrists and the address to the jury by defence counsel could not avoid emphasizing the superiority of the witnesses who had examined the accused.

His Lordship added (at p. 252):

> While the issue is new in this jurisdiction, and as far as I have been able to discover, in this country, American Courts have already met this problem, and many have concluded that the refusal of an accused to be interviewed by prosecution psychiatrists is admissible: see, for example, *People* v. *French*, 87 P. 2d 1014. There are in the American cases many statutory and procedural differences from the law in Canada and they must be read with these differences in mind. It is, however, remarkable that in jurisdictions where the concept of privilege against self-incrimination is given a somewhat wider meaning than in Canada, Courts in one manner or another have found this type of evidence admissible: *e.g.*, *Lee* v. *County Court of Erie County*, 267 N.E. 2d 452; *State* v. *Huson*, 440 P. 2d 192.

398. *Supra*, note 1, at p. 53.

399. *Ibid.*, at p. 54.

400. *Ibid.*, at p. 53.

401. *Supra*, note 34, para. 27 at p. 14.

402. Minority Report, para. 3 at pp. 1-2.

403. *Ibid.*, para. 7 at p. 3.

404. American Law Institute, *A Model Code of Pre-Arraignment Procedure* (Philadelphia: American Law Institute, 1975) s. SS230.

405. See, *e.g.*, New Zealand's *Police Act 1958*, S.N.Z. 1958, No. 109, as amended, s. 57(1).

406. *Supra*, note 26.

407. See, *e.g.*, Tasmania's *Criminal Process (Identification and Search Procedures) Act 1976*, S.T. 1976, No. 3, as amended, s. 6.

408. See, *e.g.*, Tasmania's *Criminal Process (Identification and Search Procedures) Act 1976*, *supra*, note 407, s. 3.

409. See, *e.g.*: New South Wales' *Crimes Act 1900*, S.N.S.W. 1900, No. 40, as amended, s. 353A; South Australia's *Police Offences Act 1953*, S.S.A. 1953, No. 55, as amended, s. 81(2); Queensland's *Criminal Code Act 1899*, 63 Vic., No. 9, as amended, s. 259; Australia's *Criminal Investigation Bill 1981* (not enacted), s. 34; Queensland's *Vagrancy, Gaming and Other Offences Act 1931*, 22 Geo. 5, No. 27, as amended, s. 43.

410. See, *e.g.*: Australia's *Criminal Investigation Bill 1981*, *supra*, note 409, ss. 34, 38; Tasmania's *Criminal Process (Identification and Search Procedures) Act 1976*, *supra*, note 407, s. 7; England's *Magistrates Courts Act 1980*, 1980 (U.K.), c. 43, s. 49.

411. See, *e.g.*: Tasmania's *Criminal Process (Identification and Search Procedures) Act 1976*, *supra*, note 407, s. 7; A.L.I. *Model Code of Pre-Arraignment Procedure*, *supra*, note 404, s. 170.1.

412. See, *e.g.*, Tasmania's *Criminal Process (Identification and Search Procedures) Act 1976*, *supra*, note 407, s. 6.

413. See, *e.g.*: New South Wales' *Crimes Act 1900*, *supra*, note 409, s. 353A; Queensland's *Criminal Code Act 1899*, *supra*, note 409, s. 259.

414. See, *e.g.*, the United Kingdom's *Road Traffic Act 1972*, 1972 (U.K.), c. 20, s. 8(8), as amended by s. 25(3) and Schedule 8 of the *Transport Act 1981*, 1981 (U.K.), c. 56.

415. See, *e.g.*, New Zealand's *Transport Act 1962*, S.N.Z. 1962, No. 135, as amended, s. 58(4)(*a*).

416. *Supra*, note 1, at p. 60.

417. See, *e.g.*, Victoria's *Motor Car Act 1958*, S.V. 1958, No. 6325, as amended, s. 80F(10).

418. See, *e.g.*, the A.L.I. *Model Code of Pre-Arraignment Procedure*, *supra*, note 404, s. SS230.3(3).

419. See, *e.g.*, the A.L.I. *Model Code of Pre-Arraignment Procedure*, *supra*, note 404, s. 160.2(6).

420. But see the A.L.I. *Model Code of Pre-Arraignment Procedure*, *supra*, note 404, s. 160.3.

421. See, *e.g.*: South Australia's *Police Offences Act 1953*, *supra*, note 409, s. 81(3); Australia's *Criminal Investigation Bill 1981*, *supra*, note 409, s. 38(6); Tasmania's *Criminal Process (Identification and Search Procedures) Act 1976*, *supra*, note 407, s. 6(2).

422. Tasmania's *Criminal Process (Identification and Search Procedures) Act 1976*, *supra*, note 407, s. 6(2).

423. Australia's *Criminal Investigation Bill 1981*, *supra*, note 409, s. 38(7).

424. See, *e.g.*: Victoria's *Motor Car Act 1958*, *supra*, note 417, s. 80F(13); New Zealand's *Transport Act 1962*, *supra*, note 415, s. 58(4).

425. See, *e.g.*: the United Kingdom's *Road Traffic Act 1972*, *supra*, note 414, s. 10(6); New Zealand's *Transport Act 1962*, *supra*, note 415, s. 58B.

426. See *Criminal Code*, ss. 237(1)(*c*)(i) and 237(1)(*f*)(iii)(A). In s. 237(6) "approved container" is defined as "a container of a kind designed to receive a sample of the breath of a person for chemical analysis and that is approved as suitable for the purposes of this section by order of the Attorney General of Canada...."

427. *Duke* v. *The Queen*, [1972] S.C.R. 917.

428. *R.* v. *MacDonald*, *supra*, note 361. See also *R.* v. *Potma* (1983), 31 C.R. (3d) 231 (Ont. C.A.).

429. *R.* v. *MacDonald*, *supra*, note 361, *per* Salhany Co. Ct. J. at p. 396.

430. See M. Strauss, "Lawyer Challenges Fingerprinting System," *Globe and Mail*, Nov. 25, 1981.

431. Law Reform Commission of Australia, *supra*, note 15, para. 116 at p. 51.

432. See, *e.g.*: New Zealand's *Police Act 1958*, *supra*, note 405, s. 57(3); England's *Magistrates Courts Act 1980*, *supra*, note 410, s. 49(4); Tasmania's *Criminal Process (Identification and Search Procedures) Act 1976*, *supra*, note 407, s. 3(4); Queensland's *Vagrancy, Gaming and Other Offences Act 1931*, *supra*, note 409, s. 43; Australia's *Criminal Investigation Bill 1981*, *supra*, note 409, s. 38(9); the United Kingdom's 1983 *Police and Criminal Evidence Bill* (Bill 115, March 1983 version, as amended by Standing Committee J) s. 49.

433. *Supra*, note 432, s. 51(9). See also the Home Office's *Draft Codes of Practice for the Treatment, Questioning and Identification of Persons Suspected of Crime* (London: Home Office, 1983).

434. *Supra*, note 143, para. 4.130 at p. 115.

435. *Ibid.*

436. See, *e.g.*: New Zealand's *Transport Act 1962*, *supra*, note 415, s. 58(4)(*a*); the United Kingdom's *Road Traffic Act 1972*, *supra*, note 414, s. 10.

437. See, *e.g.*, the A.L.I. *Model Code of Pre-Arraignment Procedure*, *supra*, note 404, s. 160.7.

438. See, *e.g.*, Australia's *Criminal Investigation Bill 1981*, *supra*, note 409, s. 34(6).

439. See, *e.g.*: the United Kingdom's *Road Traffic Act 1972*, *supra*, note 414, ss. 7(4) and 8(7); Victoria's *Motor Car Act 1958*, *supra*, note 417, ss. 80DA(6), 80E, 80F.

440. See, *e.g.*, New Zealand's *Police Act 1958*, *supra*, note 405, s. 57.

441. But see Victoria's *Motor Car Act 1958*, *supra*, note 417, s. 80D(12) of which expressly prohibits the drawing of an adverse inference.

442. See also New Zealand's *Transport Act 1962*, *supra*, note 415, s. 58C.

443. *Supra*, note 34, para. 49 at p. 20.

444. *Ibid.*, para. 50 at p. 21.

445. *Ibid.*

446. *Supra*, note 143, para. 3.135 at p. 67.

447. *Ibid.*, para. 3.137 at p. 68.

448. *Ibid.*

449. See the legislative provision we have proposed in *The General Part* [Working Paper 29], *supra*, note 330 at p. 113. For more specific formulae, see: Victoria's *Motor Car Act 1958*, *supra*, note 417, ss. 80D(10), 80DA, 80F(9); Tasmania's *Criminal Process (Identification and Search Procedures) Act 1976*, *supra*, note 407, s. 6(4).

450. See Victoria's *Motor Car Act 1958*, *supra*, note 417, s. 80DA.

451. See New Zealand's *Transport Act 1962*, *supra*, note 415, s. 58D.

452. Government of Canada, *supra*, note 1, at p. 50. See *R.* v. *Holman*, *supra*, note 361, at p. 394, where McCarthy Prov. J. stated with regard to the current breathalyzer provisions: "[T]here must be a proper balance between the rights and freedoms of the individual, on the one hand, and the interests of society, on the other. I find that such a balance does exist here vis-à-vis s. 235."

453. See: *R.* v. *Frechette*, *supra*, note 278; *R.* v. *Burns*, *supra*, note 281; *W.* v. *W. (No. 4)*, *supra*, note 281; Criminal Law Reform Committee of New Zealand, *supra*, note 34, para. 9 at p. 4.

454. The types of concerns just discussed, particularly the first, have recently prompted action by the provinces. See, *e.g.*: British Columbia's *Motor Vehicle Act*, R.S.B.C. 1979, c. 288, as amended by *Motor Vehicle Amendment Act (No. 2), 1982*, S.B.C. 1982, c. 73; *The Vehicles Act, 1983* of Saskatchewan, S.S. 1983, c. V-3.1, s. 168; *The Blood Test Act* of Manitoba, S.M. 1980, c. 49. The problem, by its very nature, is not easily quantifiable by empirical data. Statistics do indicate, however, that hospitalized drinking drivers are only rarely prosecuted for impaired driving. In a relatively recent British Columbia study in which blood samples were consensually taken from hospitalized traffic accident victims, with the assurance that the results of analyses would not be used as evidence against them, it was found that only "[s]eventeen per cent of the drivers exceeding a BAC of .08 and 25 per cent of those exceeding .15 were charged for impaired driving under the Criminal Code." See R. A. Rockerbie, *Blood Alcohol in Hospitalized Traffic Crash Victims* (Victoria, B.C.: Ministry of the Attorney General, 1979) at p. 8. See also G. Cimbura, R. A. Warren, R. C. Bennett,

D. M. Lucas and H. M. Simpson, *Drugs Detected in Fatally Injured Drivers and Pedestrians in the Province of Ontario* (Ottawa: Traffic Injury Research Foundation of Canada, 1980) at p. 62 where it was found that 26 per cent of those fatally injured drivers studied had drugs other than alcohol in their bodes. On the basis that "in most substances (with the possible exception of the LSD findings), drugs detected in urine, but not in blood, usually indicate long-term prior consumption rather than recent consumption of the drug" (p. 65), it was concluded (at pp. 65-66) that in 11 per cent of the fatalities studied "*the possibility of contributory effects of drugs or drug combinations could not be eliminated*" [emphasis included]. And see J. C. Garriott and N. Latman, "Drug Detection in Cases of 'Driving Under the Influence'" (1976), 21 *J. For. Sci.* 398, a study done in Dallas, Texas, in which blood samples of individuals arrested for "driving under the influence" were analyzed in cases where breathalyzer results were "lower than the apparent degree of intoxication..." (p. 398) or where "evidence of drug use [was] apparent from questioning, symptoms, or drug samples found in the individual's possession..." (p. 398). In that study, drugs (usually methaqualone, diazepam or barbiturates) were detected in 72 per cent of the blood samples analyzed. As suggested below, however (see note 464 and accompanying text), the traffic safety implications of drugs are not statistically clear.

455. See Cimbura, *supra*, note 454, at p. 15.

456. See, *e.g.*: the United Kingdom's *Road Traffic Act 1972*, *supra*, note 414; Victoria's *Motor Car Act 1958*, *supra*, note 417; and New Zealand's *Transport Act 1962*, *supra*, note 415. See also: British Columbia's *Motor Vehicle Act*, *supra*, note 454; *The Vehicles Act, 1983* of Saskatchewan, *supra*, note 454.

457. See the authorities cited *supra*, in note 59.

458. See the authorities cited *supra*, in note 60.

459. See: Special Committee of the British Medical Association, *Report: The Medico-Legal Investigation of the Drinking Driver* (London: British Medical Association, 1965) at pp. 32-33; Law Reform Commission of Australia, *supra*, note 55, para. 122 at pp. 53-54; Walls and Brownlie, *supra*, note 59, at p. 102.

460. Special Committee of the British Medical Association, *supra*, note 459, at p. 33.

461. See: Moenssens and Inbau, *supra*, note 28, at pp. 77-78; Law Reform Commission of Australia, *supra*, note 55, para. 284 at p. 122.

462. See R. E. Erwin, *Defense of Drunk Driving Cases*, vol. 2, 3rd ed. (New York: Matthew Bender, 1983) at p. 25-4, where it is stated that:

> [T]he only way to avoid ... error is to obtain a specimen of urine which is not part of a pool that has been accumulating in the bladder for any appreciable time. This can be done by having the subject empty [his] bladder first. This urine is discarded. As soon as possible thereafter a second sample is obtained. The latter will more closely reflect the alcohol content of the blood at the time.

This procedure has, in effect, been adopted in the United Kingdom's *Road Traffic Act 1972*, *supra*, note 414.

463. Curry, *supra*, note 59, at pp. 478-479. Urine samples may, however, be valuable for screening purposes.

464. Cimbura, *supra*, note 454, at p. 4, citing K. B. Joscelyn and R. P. Maickel, *Drugs and driving: a research review*, NHTSA, 1975 at p. 46. See also Benjamin, *supra*, note 60, at pp. 53 and 61.

465. Law Reform Commission of Australia, *supra*, note 55, para. 123, at p. 54; Walls and Brownlie, *supra*, note 59, at p. 107. For examples of the numerous studies on the effect of alcohol ingestion on driving ability, see: Commission on "Driving While under the Influence of Drink or a Drug," *Report* (Dublin: Stationery Office, 1963) at pp. 27-29; Walls and Brownlie, *supra*, note 59, at pp. 45-61.

466. See *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 236 and 240.2.

467. See Cimbura, *supra*, note 454, at pp. 2-4, and the studies cited therein. See also Law Reform Commission of Australia, *supra*, note 55, para. 235 at pp. 100-101.

468. See *supra*, note 191.

469. See *supra*, note 192.

470. Curry, *supra*, note 59, at pp. 479-480; R. Bonnichsen, "Aspects of Drug Analyses in Relation to Road Traffic Legislation and Supervision," in Israelstam and Lambert, *supra*, note 59, at pp. 503-504. As Bonnichsen has noted (at p. 504):

> Conclusions drawn from blood analysis about a driver's impairment are ... limited. Other circumstances must be

considered including the driving, the police observations, witnesses, the doctor's examination... and finally the result of the analysis that could at least give a reason for the symptoms of the intoxication.

471. *Supra*, note 55, para. 235 at p. 101.

472. *Ibid.*

473. *Ibid.*

474. See, *e.g.*: s. 8(7) of the United Kingdom's *Road Traffic Act 1972*, *supra*, note 414; s. 58C of New Zealand's *Transport Act 1962*, *supra*, note 415. See also: s. 220.3 of British Columbia's *Motor Vehicle Act*, *supra*, note 454; s. 168(5) of *The Vehicles Act, 1983* of Saskatchewan, *supra*, note 454.

475. See, *e.g.*, s. 58C of New Zealand's *Transport Act 1962*, *supra*, note 415.

476. *Supra*, note 26.

477. See W. D. Glauz and R. R. Blackburn, "Drug use among drivers" (Technical Contract Report for the U.S. Department of Transportation, National Highway Traffic Safety Administration, February, 1975), cited by Cimbura, *supra*, note 454 at p. 7. In the voluntary study described therein, only three quarters of the participant motorists were able to produce a urine specimen upon request. See also the Commission on "Driving While under the Influence of Drink or a Drug," *supra*, note 465, para. 58 at p. 47.

478. See Walls and Brownlie, *supra*, note 59, at p. 67.

479. See, ss. 237(3) and 240.3 of the *Code*.

480. See *R.* v. *Carter* (1983), 31 C.R. (3d) 76 (Ont. C.A.). It may even be possible to obtain blood samples from the scene of the accident. See *R.* v. *LeBlanc* (1981), 64 C.C.C. (2d) 31 (N.B. C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused Feb. 1, 1982.

481. As that section states: "The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society."

482. See, *e.g.*, the United Kingdom's *Road Traffic Act 1972*, *supra*, note 414, ss. 8(1)(*b*) and 8(3)(*c*); New Zealand's *Transport Act 1962*,

supra, note 415, s. 58B(1)(*e*). See also *The Vehicles Act, 1983* of Saskatchewan, *supra*, note 454.

483. See Law Reform Commission of Australia, *supra*, note 55, para. 123 at p. 54, where it is noted:

> [B]reath analysis may be of assistance in a negative way. A 'clear' breath analysis in the case of a person apparently under the influence of alcohol may properly lead to further tests being carried out to determine the cause of bizarre or unusual behaviour.

484. See the United Kingdom's *Road Traffic Act 1972*, *supra*, note 414, s. 8(3)(*a*). See also *The Vehicles Act, 1983* of Saskatchewan, *supra*, note 454, s. 168(3).

485. Law Reform Commission of Canada, *Writs of Assistance and Telewarrants* [Report 19] (Ottawa: Supply and Services Canada, 1983).

486. See the United Kingdom's *Road Traffic Act 1972*, *supra*, note 414, s. 9.

487. See, *e.g.*: the United Kingdom's *Road Traffic Act 1972*, *supra*, note 414, s. 8; Victoria's *Motor Car Act 1958*, *supra*, note 417, s. 80F; New Zealand's *Transport Act 1962*, *supra*, note 415, s. 58B.

488. See New Zealand's *Transport Act 1962*, *supra*, note 415, s. 58(4)(*a*).

489. See: Law Reform Commission of Australia, *supra*, note 55, para. 68 at p. 27; the United Kingdom's *Road Traffic Act 1972*, *supra*, note 414, s. 10(6); New Zealand's *Transport Act 1962*, *supra*, note 415, s. 58B.

Bibliography

ABBELL, M., "Polygraph Evidence: The Case against Admissibility in Federal Criminal Trials," in E. J. Imwinkelried, ed., *Scientific and Expert Evidence*, 2nd ed. (New York: Practising Law Institute, 1981).

AMERICAN LAW INSTITUTE, *A Model Code of Pre-Arraignment Procedure* (Philadelphia: American Law Institute, 1975).

ARIETI, S., ed., *American Handbook of Psychiatry*, vol. 2 (New York: Basic Books, 1959).

American Handbook of Psychiatry, 2nd ed., vol. 1 (New York: Basic Books, 1974).

ARONS, H., *Hypnosis in Criminal Investigation* (Springfield, Ill.: Charles C. Thomas, 1967).

BATCHELOR, I. R. C., ed., *Henderson and Gillespie's Textbook of Psychiatry*, 10th ed. (London: Oxford University Press, 1969).

BEAR, L. A., *Law, Medicine, Science — and Justice* (Springfield, Ill.: Charles C. Thomas, 1964).

BENJAMIN, F. B., *Alcohol, Drugs and Traffic Safety: Where Do We Go from Here?* (Springfield, Ill.: Charles C. Thomas, 1980).

BONNICHSEN, R., "Aspects of Drug Analysis in Relation to Road Traffic Legislation and Supervision," in S. Israelstam and S. Lambert, eds., *Alcohol, Drugs and Traffic Safety: Proceedings of the Sixth International Conference on Alcohol, Drugs and Traffic Safety, Toronto, September 8-13, 1974* (Toronto: Addiction Research Foundation of Ontario, 1975).

BROOKS, N., *Police Guidelines for Conducting Pretrial Eyewitness Identification Procedures* (A Study Paper prepared for the Law Reform Commission of Canada, 1983).

CASEY, M., "Questioned Document Examination," in W. J. Curran, A. L. McGarry and C. S. Petty, eds., *Modern Legal Medicine, Psychiatry and Forensic Science* (Philadelphia: F. A. Davis, 1980).

CENTRE OF FORENSIC SCIENCES, *Laboratory Aids for the Investigator*, 3rd ed. (Toronto: Ministry of the Solicitor General of Ontario, 1978).

CHIEF JUSTICE'S LAW REFORM COMMITTEE (VICTORIA), *Powers of Police After Arrest* (Melbourne: Government Printer, 1972).

CIMBURA, G., WARREN, R. A., BENNETT, R. C., LUCAS, D. M., and SIMPSON, H. M., *Drugs Detected in Fatally Injured Drivers and Pedestrians in the Province of Ontario* (Ottawa: Traffic Injury Research Foundation of Canada, 1980).

COHEN, S. A., *Due Process of Law: The Canadian System of Criminal Justice* (Toronto: Carswell, 1977).

COMMISSION ON "DRIVING WHILE UNDER THE INFLUENCE OF DRINK OR A DRUG," *Report* (Dublin: Stationery Office, 1963).

CRIMINAL LAW REFORM COMMITTEE, *Report on Bodily Examination and Samples as a Means of Identification* (Wellington, N.Z.: Criminal Law Reform Committee, 1978).

CROSS, Sir R., *Evidence*, 5th ed. (London: Butterworths, 1979).

CURRAN, W. J., McGARRY, A. L., and PETTY, C. S., eds., *Modern Legal Medicine, Psychiatry, and Forensic Science* (Philadelphia: F. A. Davis, 1980).

CURRY, A. S., "Reliability and Significance of Results of Alcohol and Drug Analysis," in S. Israelstam and S. Lambert, eds., *Alcohol, Drugs and Traffic Safety: Proceedings of the Sixth International Conference on Alcohol, Drugs and Traffic Safety, Toronto, September 8-13, 1974* (Toronto: Addiction Research Foundation of Ontario, 1975).

DAVIDSON, H. A., *Forensic Psychiatry*, 2nd ed. (New York: Ronald Press, 1965).

DESPRES, L. M., "Legal Aspects of Drug-Induced Statements" (1947), 14 *U. Chi. L. Rev.* 601.

DEVLIN, Hon. Lord, *Report to the Secretary of State for the Home Department of the Departmental Committee on Evidence of Identification in Criminal Cases* (London: HMSO, 1976).

DIENSTEIN, W., *Technics for the Crime Investigator* (Springfield, Ill.: Charles C. Thomas, 1952).

DINKEL, E. H., Jr., and CAPTAIN, M. S., "The Use of Bite Mark Evidence as an Investigative Aid" (1974), 19 *J. For. Sci.* 535.

DORION, R. B. J., "Bite Mark Evidence" (1982), 12 *J. Canad. Dent. Assn.* 795.

DORNETTE, W. H. L., ed., *Stedman's Medical Dictionary*, 5th unabridged lawyers' edition (Cincinnati: Anderson, 1982).

DUDYCHA, G. J., *Psychology for Law Enforcement Officers* (Springfield, Ill.: Charles C. Thomas, 1955).

ERWIN, R. E., *Defense of Drunk Driving Cases* (New York: Matthew Bender, 1963).

Defense of Drunk Driving Cases, vol. 2, 3rd ed. (New York: Matthew Bender, 1983).

FINKLE, B. S., "'Will the Real Drugged Driver Please Stand Up?' An Analytical Toxicology Assessment of Drugs and Driving," in S. Israelstam and S. Lambert, eds., *Alcohol, Drugs and Traffic Safety: Proceedings of the Sixth International Conference on Alcohol, Drugs and Traffic Safety, Toronto, September 8-13, 1974* (Toronto: Addiction Research Foundation of Ontario, 1975).

GALL, J. C., "The Case against Narcointerrogation" (1962), 7 *J. For. Sci.* 29.

GARRIOTT, J. C., and LATMAN, N., "Drug Detection in Cases of 'Driving under the Influence'" (1976), 21 *J. For. Sci.* 398.

GREGORY, I., *Psychiatry: Biological and Social* (Philadelphia and London: W. B. Saunders, 1961).

GUSTAFSON, G., *Forensic Odontology* (New York: American Elsevier, 1966).

GUTTMACHER, M. S., and WEIHOFEN, H., *Psychiatry and the Law* (New York: W. W. Norton, 1952).

HANNAN, J., "New Zealand Criminal Law Reform Committee on Bodily Samples and Identification," [1980] 4 *Crim. L.J.* 210.

HARRISON, H. C. and GILROY, R., "Firearms Discharge Residues" (1959), 4 *J. For. Sci.* 184.

HILTON, O., "Can the Forger Be Identified from His Handwriting?" (1952-53), 43 *J. Crim. L., Crim. and Pol. Sci.* 547.

HOME OFFICE, *Draft Codes of Practice for the Treatment, Questioning and Identification of Persons Suspected of Crime* (London: Home Office, 1983).

HOUSE, L., "Criminal Procedure — Self-Incrimination — Scientific Tests of Body Substances as Evidence" (1955-56), 44 *Kentucky L.J.* 353.

IMWINKELRIED, E. J., ed., *Scientific and Expert Evidence*, 2nd ed. (New York: Practising Law Institute, 1981).

IMWINKELRIED, E. J., "A New Era in the Evolution of Scientific Evidence — A Primer on Evaluating the Weight of Scientific Evidence" (1981), 23 *William and Mary L. Rev.* 261.

INDIAN LAW INSTITUTE, *Self-Incrimination: Physical and Medical Examination of the Accused* (Bombay: Tripathi, 1963).

ISRAELSTAM, S., and LAMBERT, S., eds., *Alcohol, Drugs and Traffic Safety: Proceedings of the Sixth International Conference on Alcohol, Drugs and Traffic Safety, Toronto, September 8-13, 1974* (Toronto: Addiction Research Foundation of Ontario, 1975).

JAIN, N. C., CHINN, D. M., BUDD, R. D., SNEATH, T. S., and LEUNG, W. J., "Simultaneous Determination of Cocaine and Benzoyl Ecgonine in Urine by Gas Chromatography with On-Column Alkylation" (1977), 22 *J. For. Sci.* 7.

JAMES, D. C., "Constitutional Limitations on Body Searches in Prisons" (1982), 82 *Columbia L. Rev.* 1033.

KIRK, P. L., *Crime Investigation: Physical Evidence and Police Laboratory* (Toronto: John Wiley and Sons, 1966).

KOLB, L. C., and BRODIE, H. K. H., *Modern Clinical Psychiatry*, 10th ed. (Toronto: W. B. Saunders, 1982).

KRISHNAN, S. S., "Detection of Gunshot Residues on the Hands by Trace Element Analysis," in E. J. Imwinkelried, ed., *Scientific and Expert Evidence*, 2nd ed. (New York: Practising Law Institute, 1981).

"Detection of Gunshot Residue on the Hands by Neutron Activation and Atomic Absorption Analysis," in E. J. Imwinkelried, ed., *Scientific and Expert Evidence*, 2nd ed. (New York: Practising Law Institute, 1981).

"Merits and Demerits of Forensic Activation Analysis When Compared to Other Trace Analysis Methods," in E. J. Imwinkelried, ed., *Scientific and Expert Evidence*, 2nd ed. (New York: Practising Law Institute, 1981).

LAURENDI, N., "Opposition to the Admissibility of Lie Detector Tests in Criminal Cases," in E. J. Imwinkelreid, ed., *Scientific and Expert Evidence*, 2nd ed. (New York: Practising Law Institute, 1981).

LAW REFORM COMMISSION OF AUSTRALIA, *Criminal Investigation* [Report No. 2] (Canberra: Australian Government Publishing Service, 1975).

Alcohol, Drugs and Driving [Report No. 4] (Canberra: Australian Government Publishing Service, 1976).

LAW REFORM COMMISSION OF CANADA, *Police Powers — Search and Seizure in Criminal Law Enforcement* [Working Paper 30] (Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1983).

Writs of Assistance and Telewarrants [Report 19] (Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1983).

Criminal Law: The General Part: Liability and Defences [Working Paper 29] (Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1982).

LEVY, H., "Fingerprint Ruling Called Long Overdue," *Toronto Star*, Sept. 2, 1982, p. A17.

LOWRY, W. T., and GARRIOTT, J. C., *Forensic Toxicology: Controlled Substances and Dangerous Drugs* (New York: Plenum, 1979).

LOWTHER, D. K., "Should Statements Made During Drug Interview Be Admissible into Evidence in Criminal Cases?" (1975), 7 *U.W.L.A. L. Rev.* 222.

LUCAS, D. M., "The Breathalyzer — How It Works," in R. M. McLeod, J. D. Takach and M. D. Segal, *Breathalyzer Law in Canada*, 2nd ed., (Toronto: Carswell, 1982).

LUCAS, D. M., and BROWN, S. E., "The Examination of Human Hairs: Comments on the Hair Evidence in *Reg.* v. *Roberts*" (1978) March, *Crown's Newsletter* 9.

LUNTZ, L. L. and LUNTZ, P., *Handbook for Dental Identification: Techniques in Forensic Dentistry* (Toronto: Lippincott, 1973).

LYKKEN, D. T., *A Tremor in the Blood: Uses and Abuses of the Lie Detector* (New York: McGraw-Hill, 1981).

MACDONALD, J. M., "Truth Serum" (1955-56), 46 *J. Crim. L., Crim. and Pol. Sci.* 259.

"The Use of Drugs in the Examination of Suspected Criminals" (1956), 3 *J. Forensic Medicine* 2.

MANNING, M., and MEWETT, A. W., "Psychiatric Evidence" (1975-76), 18 *Crim. L.Q.* 326.

MENZEL, E. R., "The Development of Fingerprints," in E. J. Imwinkelried, ed., *Scientific and Expert Evidence*, 2nd ed. (New York: Practising Law Institute, 1981).

MERRITT, M. W., "Significant Medical Intrusions under the Military Rules of Evidence" (1981), 67 *Va. L. Rev.* 1069.

MEWETT, A. W., "Note on Psychiatric Remands over Defence Objection" (1975-76), 18 *Crim. L.Q.* 27.

MOENSSENS, A. A. and INBAU, F. E., *Scientific Evidence in Criminal Cases*, 2nd ed. (Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1978).

MUEHLBERGER, C. W., "Interrogation under Drug Influence: The So-called Truth Serum Technique" (1951-52), 42 *J. Crim. L., Crim. and Pol. Sci.* 513.

McALEXANDER, T. V., "The Meaning of Handwriting Opinions" (1977), 5 *Pol. Sci. and Admin.* 43.

McGRAW, R. B. and OLIVEN, J. F., "Miscellaneous Therapies" in S. Arieti, ed., *American Handbook of Psychiatry*, vol. 2 (New York: Basic Books, 1959).

McKNIGHT, C. K., "The Polygraph (Lie Detector)" (1973), 21 C.R.N.S. 172.

McLEOD, R. M., TAKACH, J. D., and SEGAL, M. D., *Breathalyzer Law in Canada*, 2nd ed. (Toronto: Carswell, 1982).

McWILLIAMS, P. K., *Canadian Criminal Evidence* (Toronto: Canada Law Book, 1974).

PEAT, M. A., and KOPJAK, L., "The Screening and Quantitation of Diazepam, Flurazepam, Chlordiazepoxide, and Their Metabolites in Blood and Plasma by Electron-Capture Gas Chromatography and High Pressure Liquid Chromatography " (1979), 24 *J. For. Sci.* 46.

PERMISOHN, R. C., HILPERT, L. R., and KAZYAK, L., "Determination of Methaqualone in Urine by Metabolite Detection Via Gas Chromatography" (1976), 21 *J. For. Sci.* 98.

PHILIPS, Sir C., *Report of the Royal Commission on Criminal Procedure*, Cmnd. 8092 (London: HMSO, 1981).

Royal Commission onCriminal Procedure: The Investigation and Prosecution of Criminal Offences in England and Wales: The Law and Procedure, Cmnd. 8092-1 (London: HMSO, 1981).

"Police Warned of Civil Suits," *Globe and Mail*, Nov. 20, 1981, p. 10

RABINOWITCH, I. M., "Medicolegal Aspects of Chemical Tests of Alcoholic Intoxication" (1948), 26 *Can. Bar Rev.* 1437.

RATUSHNY, E., *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process* (Toronto: Carswell, 1979).

REDLICH, F. C., RAVITZ, L. J., and DESSION, G. H., "Narcoanalysis and Truth" (1951), 107 *Am. J. Psychiat.* 586.

RENTOUL, E. and SMITH, H., *Glaister's Medical Jurisprudence and Toxicology*, 13th ed. (London: Churchill Livingstone, 1973).

RICHARDSON, J. R., *Scientific Evidence for Police Officers* (Cincinnati: W. H. Anderson, 1963).

ROCKERBIE, R. A., *Blood Alcohol in Hospitalized Traffic Crash Victims* (Victoria, B.C.: Ministry of the Attorney General, 1979).

RYAN, H. R. S., "Use of Chemical Tests to Prove Impairment by Alcohol" (1959-60), 2 *Crim. L.Q.* 41.

SAFERSTEIN, R., MANURA, J. J., and DE, P. K., "Drug Detection in Urine by Chemical Ionization Mass Spectrometry" (1978), 23 *J. For. Sci.* 29.

SALHANY, R. E., *Canadian Criminal Procedure*, 3rd ed. (Toronto: Canada Law Book, 1978).

SAVAGE, C. C., "Blood Tests in Intoxication Cases" (1950), 96 C.C.C. 241.

SCHIFFER, M. E., *Mental Disorder and the Criminal Trial Process* (Toronto: Butterworths, 1978).

Psychiatry Behind Bars: A Legal Perspective (Toronto: Butterworths, 1982).

SPECIAL COMMITTEE OF THE BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, *Report: The Medico-Legal Investigation of the Drinking Driver* (London: British Medical Association, 1965).

SPECTOR, R. S., and FOSTER, T. E., "Admissibility of Hypnotic Statements: Is the Law of Evidence Susceptible?" (1977), 38 *Ohio St. L.J.* 567.

SPERBER, N. D., "Forensic Odontology," in E. J. Imwinkelried, ed., *Scientific and Expert Evidence*, 2nd ed. (New York: Practising Law Institute, 1981).

SPRAGUE, K., and POKLIS, A., "Determination of Barbiturates in Postmortem Blood by High Pressure Liquid Chromatography: A Comparison with a Differential Ultraviolet Spectrophotometric Method" (1980), 13 *Can. Soc. Forens. Sci. J.* 31.

STEVENSON, I., "The Psychiatric Interview," in S. Arieti, ed., *American Handbook of Psychiatry*, 2nd ed., vol. 1 (New York: Basic Books, 1974).

STEVENSON, I., and SHEPPE, W. M., Jr., "The Psychiatric Examination," in S. Arieti, ed., *American Handbook of Psychiatry*, 2nd ed., vol. 1 (New York: Basic Books, 1974).

STRAUSS, M., "Lawyer Challenges Fingerprinting System," *Globe and Mail*, Nov. 25, 1981.

SULLIVAN, H. S., *The Psychiatric Interview* (New York: W. W. Norton, 1970).

SULNER, H. F., *Disputed Documents: New Methods for Examining Questioned Documents* (New York: Oceana, 1966).

"The Psychologist as Expert Witness: Science in the Courtroom?" (1979), 38 *Maryland L. Rev.* 539.

THOMAS, K., "Voiceprint — Myth or Miracle," in E. J. Imwinkelried, ed., *Scientific and Expert Evidence*, 2nd ed., (New York: Practising Law Institute, 1981).

TOSI, O., "Voice Identification," in E. J. Imwinkelried, ed., *Scientific and Expert Evidence*, 2nd ed. (New York: Practising Law Institute, 1981).

Voice Identification: Theory and Legal Applications (Baltimore: University Park Press, 1979).

WALLS, H. J., and BROWNLIE, A. R., *Drink, Drugs and Driving* (London: Sweet and Maxwell, 1970).

WATTS, L. P., "Some Observations on Police Administered Tests for Intoxication" (1966), 45 *North Carolina L. Rev.* 34.

WEBSTER, C. D., MENZIES, R. J., and JACKSON, M. A., *Clinical Assessment Before Trial: Legal Issues and Mental Disorder* (Toronto: Butterworths, 1982).

WELLS, J., CIMBURA, G., and KOVES, E., "The Screening of Blood by Gas Chromatography for Basic and Neutral Drugs" (1975), 20 *J. For. Sci.* 382.

WILEY, J. F., "A Short Survey of Reported Cases on Fingerprint Evidence" (1974) January, *Crown's Newsletter* 1.

WILLIAMS, G., "Identification Parades — I," [1963] Crim. L.R. 479.

WOLBERG, L. R., "Hypnotherapy," in S. Arieti, ed., *American Handbook of Psychiatry*, vol. 2 (New York: Basic Books, 1959).

WRAXALL, B., "Forensic Serology," in E. J. Imwinkelried, ed., *Scientific and Expert Evidence*, 2nd ed. (New York: Practising Law Institute, 1981).

YARMEY, A. D., *The Psychology of Eyewitness Testimony* (New York: Free Press, 1979).

ZISKIN, J., *Coping with Psychiatric and Psychological Testimony*, 3rd ed., vol. 1 (Venice, Calif.: Law and Psychology Press, 1981).

ZUMWALT, R. E., and PETTY, C. S., "Community Investigation of Rape and Sexual Assault," in W. J. Curran, A. L. McGarry and C. S. Petty, eds., *Modern Legal Medicine, Psychiatry and Forensic Science* (Philadelphia: F. A. Davis, 1980).

DROIT PÉNAL

les méthodes d'investigation scientifiques

Document de travail 34

Canada

LES MÉTHODES D'INVESTIGATION SCIENTIFIQUES

On peut obtenir ce document gratuitement en écrivant à:

Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert, 7e étage
Ottawa, Canada
K1A 0L6

ou

Bureau 310
Place du Canada
Montréal (Québec)
H3B 2N2

©Ministère des Approvisionnements et Services Canada 1984
N° de catalogue J32-1/34-1984
ISBN 0-662-53039-X

Commission de réforme
du droit du Canada

Document de travail 34

LES MÉTHODES D'INVESTIGATION SCIENTIFIQUES

1984

Avis

Ce document de travail présente l'opinion de la Commission à l'heure actuelle. Son opinion définitive sera exprimée dans le rapport qu'elle présentera au ministre de la Justice et au Parlement, après avoir pris connaissance des commentaires faits dans l'intervalle par le public.

Par conséquent, la Commission serait heureuse de recevoir tout commentaire à l'adresse suivante:

Secrétaire
Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert
Ottawa, Canada
K1A 0L6

La Commission

M. le juge Allen M. Linden, président
M. le professeur Jacques Fortin, vice-président
M[e] Louise Lemelin, c.r., commissaire
M[e] Alan D. Reid, c.r., commissaire
M[e] Joseph Maingot, c.r., commissaire

Secrétaire

Jean Côté, B.A., B.Ph., LL.B.

Coordonnateur de la section de recherche sur la procédure pénale

Calvin A. Becker, B.A., LL.B., LL.M., Ph.D.

Conseiller principal

Marc Schiffer, LL.B., LL.M., S.J.D., Ph.D.

Table des matières

I. INTRODUCTION 1

II. TYPES DE MÉTHODES D'INVESTIGATION SCIENTIFIQUES 5

A. Les examens par consentement tacite 6

(1) Les examens corporels simples 6
a) Les parades d'identification et les confrontations . 7
b) L'examen des particularités physiques 7
c) L'examen médical 7
d) La photographie 8
e) La dactyloscopie 8
f) Les empreintes dentaires 8
g) Les mensurations 9
(2) Le prélèvement de substances externes 9
a) L'examen des résidus de poudre provenant des armes à feu 9
b) L'examen des poils et des cheveux 11
c) Le curage des ongles 11
d) Les prélèvements épidermiques 11
(3) Le prélèvement de substances internes 12
a) Les analyses de sang 12
b) L'analyse des prélèvements de salive 13
c) L'analyse des urines 13
d) Le prélèvement du liquide séminal 14
(4) Méthodes qui nécessitent l'administration de substances 14
a) La narco-analyse 14
b) L'utilisation d'autres drogues 14

B. Les examens à participation active 15

(1) Les tests de performance physique 15
(2) La comparaison d'écritures 15

(3) L'analyse d'haleine 16
(4) Le test polygraphique 17
(5) L'analyse spectrographique 18
(6) L'examen psychiatrique 19
(7) L'hypnotisme 21

III. L'UTILISATION EN PREUVE DES RÉSULTATS DES MÉTHODES D'INVESTIGATION SCIENTIFIQUES 23

A. Les éléments de preuve matériels permettant l'identification 23

(1) La nature de l'indice 24
(2) La technique employée pour l'analyse 27
(3) Les circonstances de l'affaire 30

B. L'identification par des témoins oculaires 30

C. Les éléments de preuve matériels relatifs au comportement criminel 32

D. Les témoignages d'opinion de profanes sur le caractère criminel de la conduite du prévenu 34

E. Les aveux 36

F. L'utilisation des déclarations incriminantes 38

G. Les renseignements utiles 39

H. Les opinions d'experts sur les dispositions et l'identification du prévenu 40

I. Les opinions d'experts qui servent à réfuter les moyens de défense 42

J. Les opinions d'experts préjudiciables à la crédibilité de l'accusé 44

K. Les éléments de preuve matériels qui servent à réfuter les moyens de défense 46

IV. LE DROIT APPLICABLE AUX MÉTHODES D'INVESTIGATION SCIENTIFIQUES 47

A. La procédure pénale 47

(1) Les dispositions législatives 47
(2) Le common law 49

B. La responsabilité relative à l'application des méthodes d'investigation scientifiques 55

(1) Les dispositions législatives 55
(2) Les conséquences sur le plan de la preuve 56

C. La *Charte canadienne des droits et libertés* 58

(1) La protection contre l'auto-incrimination 58
(2) La sécurité de la personne 60
(3) Les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives .. 60
(4) Les traitements ou peines cruels et inusités 61

D. Les conséquences pénales du refus du prévenu ou du suspect de coopérer 62

E. Les conséquences sur le plan de la preuve du refus du prévenu ou du suspect de coopérer 63

V. QUESTIONS FONDAMENTALES ET PRINCIPES DIRECTEURS CONCERNANT L'ÉTABLISSEMENT D'UN RÉGIME LÉGAL POUR LES MÉTHODES D'INVESTIGATION SCIENTIFIQUES 67

A. Les méthodes d'investigation scientifiques interdites 68

B. Les motifs de l'application des méthodes d'investigation scientifiques 68

C. Les garanties de procédure 71

(1) Les avertissements 72
(2) Le droit à l'intimité 72
(3) Le droit à l'application par un personnel qualifié 73
(4) Le droit à la présence d'un avocat 73

(5) Le droit à la présence d'un médecin de son choix..... 73
(6) Le droit de demander l'application d'autres méthodes 74
(7) L'analyse des échantillons par un chimiste analyste indépendant 74
(8) La destruction des dossiers et des échantillons 75

D. Les conséquences de la violation des règles de procédure 76

E. La coopération de la personne visée 77

F. La responsabilité des personnes chargées de l'application des méthodes d'investigation scientifiques 80

G. La responsabilité en cas de manquement à l'obligation d'appliquer des méthodes d'investigation scientifiques 81

H. L'alcool, la drogue et la conduite des véhicules — Considérations spéciales 81

(1) Le problème 82
(2) Les différentes solutions 83
a) L'extension de la catégorie des substances corporelles pouvant être prélevées 83
b) Les méthodes d'application 87

I. Nos recommandations 90

(1) Dispositions générales 90
a) Définitions 90
b) Procédure 94
(2) L'alcool, la drogue et la conduite des véhicules 98
(3) Garanties 103

RENVOIS 109

BIBLIOGRAPHIE 177

I.

Introduction

Dans un énoncé de politique intitulé *Le droit pénal dans la société canadienne*[1], publié récemment, le gouvernement du Canada a formulé plusieurs principes destinés à orienter l'évolution du droit pénal et de la procédure pénale au Canada. Suivant l'un de ces principes, «[l]e droit pénal doit prévoir et définir clairement les pouvoirs nécessaires à la conduite des enquêtes criminelles, à l'arrestation et à la détention des contrevenants sans empiéter de façon abusive ou arbitraire sur les droits et libertés des personnes ...[2]». Suivant un autre principe, «[a]fin d'assurer l'égalité des traitements et le respect de l'obligation de rendre compte, les pouvoirs discrétionnaires exercés à certaines étapes critiques du processus de justice pénale doivent être soumis à des mécanismes de surveillance appropriés ...[3]». En outre, «[l]e droit pénal doit aussi exposer clairement et simplement les droits des personnes dont la liberté est directement menacée par le processus pénal ...[4]». La Commission de réforme du droit du Canada professe depuis longtemps ces idées. Par conséquent, l'objet du présent document de travail est l'établissement d'un régime légal rationnel et complet pour régir l'un des aspects des enquêtes criminelles, soit les «méthodes d'investigation scientifiques». Nous examinerons les dispositions actuelles du *Code criminel*[5] et des autres lois fédérales pertinentes, de même que la jurisprudence, dans le but de déterminer premièrement, l'état actuel du droit relatif à l'utilisation des méthodes d'investigation scientifiques, deuxièmement, si l'état actuel du droit reflète la mise en œuvre d'une politique juste, cohérente et uniforme, et troisièmement, l'opportunité de modifier le droit actuel par voie de législation. Sur ce dernier point, il s'agit d'atteindre ce que le gouvernement a qualifié d'«équilibre entre les libertés individuelles et le souci de donner à l'État les pouvoirs lui permettant de prévenir et de réprimer le crime de façon efficace ...[6]».

Avant d'aborder cette tâche difficile, il serait sans doute utile, au départ, de préciser le sens du terme «méthodes d'investigation scientifiques». Au sens le plus large du terme, les méthodes d'investigation scientifiques sont des procédés d'ordre scientifique qui ont pour but de réunir des «éléments de preuve» (ou, plus précisément, des renseignements qui, en définitive, pourront être utilisés au procès pour établir la culpabilité d'un accusé) en matière pénale. Il existe essentiellement trois catégories de méthodes d'investigation scientifiques. Entrent dans la première catégorie les méthodes qui consistent à réunir des éléments de preuve qui se trouvent sur les lieux du crime, comme le saupoudrage d'empreintes digitales, le moulage des pas, etc. La deuxième catégorie regroupe les méthodes qui consistent à recueillir des éléments de preuve en examinant la victime ou les témoins, comme les examens médicaux dans les cas de voies de fait, l'autopsie, l'hypnotisme ou la narco-analyse visant à rafraîchir la mémoire, etc. Enfin, la troisième catégorie regroupe les méthodes qui consistent à obtenir des éléments de preuve directement du suspect ou du prévenu. Notre étude portera principalement sur cette troisième catégorie. Bien que cette catégorie soit identique ou accessoire aux deux autres catégories de méthodes, la jurisprudence anglaise et nord-américaine lui a toujours attaché une importance particulière dans la mesure où elle est inextricablement liée aux principes fondamentaux d'équité à l'égard du prévenu ainsi qu'aux droits de la personne[7].

Bien qu'en un sens, certaines méthodes d'investigation scientifiques visent à obtenir des éléments de preuve du prévenu lui-même, elles peuvent être employées dans le but de vérifier si le prévenu est lié à la perpétration de l'infraction sans pour cela porter atteinte à sa vie privée ou à son intégrité physique ou morale. Par exemple, dans une cause canadienne[8], le prévenu était inculpé de meurtre. D'après le poursuivant, la victime avait été tuée à coups de pied. Une analyse du sang et des cheveux prélevés sur les bottes du prévenu a permis de constater que ce sang et ces cheveux étaient semblables à ceux de la victime[9]. Dans une situation comme celle-ci, les éléments de preuve obtenus par le truchement des méthodes d'investigation scientifiques peuvent être préjudiciables au prévenu (et leur valeur scientifique est contestable). Nous pensons toutefois que par son caractère objectif, cette méthode d'investigation appliquée à l'égard du prévenu (c'est-à-dire emprunter les bottes du prévenu pour les analyser en laboratoire) échappe aux critiques fondées sur des principes de

[TRADUCTION] «morale et de dignité humaine ...[10]» ou sur le principe selon lequel [TRADUCTION] «le fait d'obliger une personne à révéler sa culpabilité constitue un acte intrinsèquement cruel ...[11]».

Dans le présent document de travail, nous nous concentrerons sur les méthodes d'investigation scientifiques qui nécessitent la participation active du prévenu ou du suspect sous une forme quelconque ou qui portent atteinte à son intégrité physique ou morale. Bien qu'un certain chevauchement soit inévitable, notre sujet n'a rien à voir avec la procédure dont il est question dans notre document de travail, publié récemment, sur les fouilles, les perquisitions et les saisies[12]. Par conséquent, qu'il nous suffise, pour le moment, de donner au terme «méthode d'investigation scientifique» la définition générale suivante:

> toute méthode (à l'exception de l'interrogatoire simple, de la surveillance, de la perquisition des lieux et de la fouille d'une personne en vue de trouver des objets dissimulés ou des substances externes) par laquelle une personne en situation d'autorité ou son représentant tente d'obtenir d'une personne soupçonnée ou accusée d'avoir commis une infraction criminelle, des renseignements relatifs:
>
> a) à l'état ou aux caractéristiques physiques ou mentales de ce suspect ou de cet accusé;
>
> b) à l'infraction en question; ou
>
> c) à l'emplacement d'éventuels éléments de preuve liés à l'infraction en question.

Nous nous empressons de souligner qu'il s'agit là d'un projet de définition servant de base à la définition, modifiée dans une large mesure, dont nous proposons l'adoption dans la Partie V du présent document de travail, au terme de l'analyse qui suit.

II.

Types de méthodes d'investigation scientifiques

Avant d'étudier les divers aspects juridiques du régime légal des méthodes d'investigation scientifiques, nous pensons qu'il est important d'avoir au moins une connaissance superficielle des méthodes en cause. Par conséquent, dans cette partie, nous étudierons les différents types de méthodes d'investigation scientifiques employées par les agents de police, par le corps médical ainsi que par d'autres personnes compétentes au service de l'État. Certaines techniques employées sont bien connues, mais d'autres seront examinées attentivement afin d'y déceler les répercussions possibles sur le plan de la preuve, d'envisager l'application du droit de la responsabilité civile délictuelle et de la *Charte canadienne des droits et libertés*[13] et, en dernier lieu, afin d'élaborer un régime légal approprié.

Bien qu'il existe de nombreuses façons de classer les méthodes d'investigation scientifiques visées par la définition de ce terme donnée dans la Partie I, nous pensons qu'il serait préférable de les diviser en deux grandes catégories: (1) les examens qui ne nécessitent que le consentement tacite de la personne visée, et (2) les examens qui nécessitent la participation active du prévenu. La classification de certaines méthodes (par exemple, les parades d'identification) semble, au départ, difficile à réaliser. C'est pourquoi, selon nous, le terme «examens à participation active» devrait comprendre les examens nécessitant un niveau de participation qui dépasse celui qui peut être atteint en employant la force d'une manière raisonnable.

A. Les examens par consentement tacite

De nombreuses méthodes d'investigation scientifiques n'exigent de la personne visée rien d'autre qu'un comportement soumis. On ne lui demande pas de «faire» quelque chose mais de se «soumettre» à des examens. Ces examens peuvent être divisés en quatre catégories secondaires: (1) les examens corporels ou des particularités physiques; (2) les examens avec prélèvements de substances corporelles externes; (3) les examens avec prélèvement de substances corporelles internes; et (4) les examens qui comportent l'administration de certaines substances. À première vue, ces catégories correspondent à des atteintes à la vie privée de gravité croissante. Or, il n'en est rien. Certains examens qui, pour certaines personnes, feraient sans doute partie de la première catégorie constituent, pour d'autres personnes, une atteinte plus grave que d'autres examens qui, de toute évidence, appartiennent à la troisième catégorie. Ainsi, l'examen corporel simple d'une personne dévêtue pourrait être considéré comme une atteinte embarrassante ou humiliante à l'intégrité physique d'une personne et, par conséquent, serait pour certaines personnes plus attentatoire que ne le serait une prise de sang. Il en est de même pour la prise d'empreintes digitales et d'autres méthodes d'identification «de routine». Comme l'a souligné le comité du juge en chef sur la réforme du droit (Victoria), au sujet de la dactyloscopie, de la photographie et des autres procédés de ce genre [TRADUCTION] «[c]es procédés ont quelque chose de gênant et d'indigne; une personne ... ne devrait pas être obligée de s'y soumettre, à moins de nécessité absolue[14]». La Commission de réforme du droit d'Australie a, pour sa part, déclaré: [TRADUCTION] «À tort ou à raison, le fait d'obliger une personne à se soumettre à une prise d'empreintes digitales ou à une séance de photographie peut lui donner la sensation d'être un vrai criminel[15]».

(1) Les examens corporels simples

Comme l'a brièvement souligné le *Indian Law Institute*,

> [TRADUCTION]
> [i]l peut être parfois nécessaire de demander au prévenu de montrer son corps. C'est pourquoi on lui demande de se dévêtir afin de découvrir certaines marques, cicatrices ou blessures. Il peut également être nécessaire de l'obliger à participer à une parade d'identifi-

cation, à porter un vêtement particulier, à se laisser pousser la barbe, [ou] à ôter différents déguisements ...[16]

Cette liste d'examens n'est pas exhaustive. Dans les paragraphes qui suivent, sont décrits les examens corporels simples qui sont d'utilisation courante.

a) Les parades d'identification et les confrontations

De nombreux précédents illustrent les circonstances dans lesquelles il serait peu équitable de tenir une parade d'identification ou une confrontation. Les modalités de ces méthodes d'identification sont cependant assez simples eu égard à ce qui est exigé du prévenu. Voici la description qu'en donne Yarmey:

[TRADUCTION]
En règle générale, lors d'une parade d'identification, le suspect se tient debout dans un groupe de cinq à neuf figurants parmi lesquels les témoins tentent d'identifier le coupable. Cette méthode s'oppose à la confrontation ... où seul le suspect est présenté au témoin[17].

Lors d'une parade d'identification, on peut demander aux figurants de porter[18] (ou de ne pas porter[19]) certains vêtements, des lunettes[20], et ainsi de suite.

b) L'examen des particularités physiques

L'examen corporel du prévenu ou du suspect peut révéler un certain nombre de caractéristiques physiques qui pourraient le lier à la perpétration de l'infraction. Des caractéristiques physiques telles que cicatrices, taches de naissance, tatouages[21], blessures[22], traces de seringues à injection[23], etc. peuvent être découvertes au moyen de l'examen corporel simple effectué par les agents de police ou le corps médical.

c) L'examen médical

L'examen du prévenu par un médecin peut être utile pour détecter, le cas échéant, des symptômes caractéristiques de maladies, de blessures, de l'intoxication, de l'alcoolisme, de la toxicomanie, etc. Il ne fait pas de doute que les tests qui sont effectués lors de l'examen médical, soit la mesure de la fréquence du pouls, du rythme cardiaque et de la tension artérielle, l'examen des pupilles, les radiographies, la fluoroscopie, etc. font partie de

la catégorie des examens corporels. (Nous verrons plus loin les divers examens médicaux qui consistent à prélever des substances externes et internes.) Soulignons que dans cette catégorie, certaines méthodes comportent l'examen corporel de la personne dévêtue, y compris l'examen de ses parties sexuelles[24]. Par exemple, lorsqu'un suspect a été mis en état d'arrestation peu après la perpétration d'une agression sexuelle, l'examen des organes génitaux du suspect peut révéler des éléments de preuve indicatifs de la perpétration par le suspect de cette infraction. Ainsi, des blessures aux organes génitaux dénotent parfois qu'il y a eu pénétration forcée[25]. Notons également que d'autres types d'examens médicaux comme les radiographies et les photographies fluoroscopiques présentent un certain risque et, dans certains cas, peuvent produire des effets secondaires nocifs.

d) La photographie

Les opérations de photographie sont prévues expressément par le décret portant le numéro C.P. 1954-1109 pris en vertu de la *Loi sur l'identification des criminels*[26]. Comme ce procédé s'explique de lui-même, il serait inutile de le décrire dans le présent document.

e) La dactyloscopie

La méthode normale pour prendre des empreintes digitales d'un prévenu ou d'un suspect est relativement simple. Elle consiste à appuyer séparément la pulpe de chacun des doigts de la personne visée sur un tampon encreur et à [TRADUCTION] «les faire rouler légèrement et fermement» sur une fiche[27]. Ces traces «relevées» peuvent ensuite être comparées avec les traces «latentes» qui sont prélevées sur les lieux du crime, sur des armes, sur des véhicules ou sur d'autres objets liés à l'infraction en question[28]. Les empreintes palmaires, les empreintes plantaires et les empreintes des orteils peuvent être relevées et comparées avec les empreintes latentes au moyen de procédés semblables à ceux qui sont employés pour relever les empreintes digitales[29].

f) Les empreintes dentaires

Comme la dactyloscopie, l'analyse et la comparaison de l'empreinte des dents d'un suspect avec les traces de morsure forment un procédé fort complexe et sophistiqué[30]. Cependant, comme la prise des empreintes digitales, le prélèvement des

empreintes dentaires est, en soi, assez simple. C'est une opération indolore qui consiste à placer certains matériaux dans la bouche de la personne visée pendant un court laps de temps[31]. Dans les cas d'identification des morsures, on peut, en plus d'obtenir une empreinte dentaire, photographier les dents du suspect, prélever sa salive et faire des prises de sang[32]. Les empreintes de morsures peuvent être obtenues en demandant tout simplement à la personne visée de mordre dans l'un des différents matériaux pouvant être utilisés à cette fin[33].

g) Les mensurations

Le comité de réforme du droit pénal en Nouvelle-Zélande a souligné que les mensurations constituent une bonne méthode dans la mesure où elles permettent notamment l'identification d'empreintes de pas ou de vêtements laissés sur les lieux du crime[34]. Le système Bertillon, dont l'utilisation est prévue à l'article 2 de la *Loi sur l'identification des criminels*, est une méthode qui a été développée en France vers la fin du dix-neuvième siècle. Il comprenait cinq mesures anatomiques: le crâne, les pieds, les avant-bras, les majeurs et les oreilles[36]. Cette méthode a été en vigueur en Angleterre et dans d'autres pays occidentaux pendant un certain temps mais, comme l'a indiqué le juge Bouck dans l'affaire *R.* v. *A.N.*[37], [TRADUCTION] «on a tôt fait de constater les lacunes de ce système et la plupart des pays ont eu recours à l'empreinte digitale ...».

(2) Le prélèvement de substances externes

Il ne fait pas de doute que les examens corporels simples ne sont pas toujours des méthodes appropriées ou suffisantes pour obtenir les éléments de preuve nécessaires. Selon le *Indian Law Institute*, [TRADUCTION] «[p]our identifier le prévenu, il est parfois nécessaire de conserver les éléments de preuve incriminants qui ont été prélevés sur son corps ...[38]». Voici certaines méthodes courantes qui comportent le prélèvement de substances externes sur le corps de la personne visée.

a) L'examen des résidus de poudre provenant des armes à feu

De nombreuses méthodes ont été mises au point dans le but de vérifier si la personne soupçonnée d'avoir commis une infraction en utilisant une arme à feu s'était récemment servi d'une telle

arme. L'une des méthodes les plus anciennes est le test du nitrate ou test à la paraffine. Cette méthode consiste à appliquer deux couches de paraffine chaude, séparées par une couche de coton, sur les mains de la personne visée. On peut ainsi prendre des moules contenant tout résidu de poudre qui pourrait se trouver sur la peau du sujet[39]. Lorsqu'on applique sur les moules une solution de diphénylamine mélangée avec de l'acide sulfurique concentré, il en résulte une réaction colorée bleue en présence de dépôts de nitrate[40]. Comme le font remarquer Moenssens et Inbau, [TRADUCTION] «[c]e test permettait de conclure, en théorie, à la présence de dépôts de nitrate sur la main, provenant des gaz qui s'échappent d'une cartouche à la suite du tir[41]». Cependant, ils ajoutent:

> [TRADUCTION]
> [l]a faiblesse de cette théorie tient au fait que ... d'autres substances contenant des nitrates qui proviennent d'une source autre qu'une arme à feu peuvent causer les mêmes réactions, comme l'ont démontré des tests effectués dans différents laboratoires judiciaires[42].

Bien que l'on ait développé des variantes plus fiables et plus exactes du test du nitrate[43], de même que plusieurs autres procédés permettant la détection des résidus de poudre provenant des armes à feu[44], aucun des procédés ordinaires n'a été employé aussi souvent que l'activation neutronique, qui permet de mesurer les traces de baryum et d'antimoine, combinée à la spectrophotométrie d'absorption atomique, qui permet de mesurer les traces de plomb[45]. Il n'est pas nécessaire, pour les besoins du présent document de travail, de donner les détails de ces procédés fort complexes. Il convient néanmoins de consacrer quelques lignes au prélèvement des échantillons. Sur ce point, il faut noter qu'il existe quatre façons de prélever des échantillons de résidus sur les mains des suspects. Une des méthodes, qui n'est pas très satisfaisante, consiste à «enlever» les échantillons au moyen de pellicules ou de moules. Au lieu de la paraffine (procédé que nous avons décrit précédemment), on peut employer d'autres substances comme une solution collodionnée ou de l'acétate de cellulose[46]. Une seconde méthode consiste à appliquer des tampons d'ouate imbibés d'acide chlorhydrique ou d'acide nitrique. La troisième méthode, qui donne d'excellents résultats, consiste à baigner la main de la personne visée dans l'eau ou dans l'acide nitrique dilué. Comme l'explique l'analyste chimiste judiciaire canadien, S. S. Krishnan,

> [TRADUCTION]
> [l]e lavement peut être fait à l'aide d'une poire à lavement en plastique ou en plongeant la main dans un sac qui contient le liquide

et la solution. Les résidus sont donc enlevés mécaniquement au contact de l'eau ou de l'acide nitrique dilué et la réaction est à peu près la même (on prélève plus de 80 pour cent des résidus avec l'eau et plus de 95 pour cent avec l'acide nitrique dilué). L'acide nitrique permet de dissoudre les substances en solution en vue d'effectuer d'autres analyses chimiques. Cette méthode a l'avantage d'être simple. Comme elle prend moins d'une minute, les risques de contamination sont pratiquement inexistants[47].

Enfin, la quatrième méthode consiste à enlever les résidus à l'aide d'un ruban adhésif. Il semble que cette méthode soit plutôt contestée et son efficacité n'a pas été établie[48].

b) L'examen des poils et des cheveux

Les analystes chimistes judiciaires emploient actuellement deux méthodes pour comparer les poils et les cheveux: l'examen microscopique et l'activation neutronique. L'examen microscopique est un procédé subjectif qui permet d'observer les similitudes et les différences entre les caractéristiques suivantes des poils et des cheveux: la couleur, la texture, la frisure, la cassure, la morphologie des écailles et sa variation, la formation et l'accumulation des pigments, la structure médulaire, ia présence de bulles d'air, le regroupement, le nombre d'écailles, la présence de résidus[49]. L'activation neutronique est un test objectif qui consiste à bombarder le poil de neutrons afin de doser les quantités infinitésimales des oligo-éléments présents (par exemple, le cuivre, l'or, le manganèse, le sodium) avec une précision de plusieurs décimales[50]. Peu importe le procédé employé, les méthodes de prélèvement de cheveux sont relativement simples. Il suffit généralement de peigner vigoureusement la chevelure de la personne visée[51].

c) Le curage des ongles

Cette méthode s'explique d'elle-même. Elle consiste à enlever, à l'aide d'un instrument approprié, des matières se trouvant sous les ongles de la personne visée, aux fins d'analyse en laboratoire.

d) Les prélèvements épidermiques

Diverses substances peuvent être prélevées sur l'épiderme aux fins d'analyse en laboratoire. Par exemple, le prélèvement pénien peut être appliqué lorsque le suspect a été mis en état d'arrestation

peu de temps après la perpétration d'une agression sexuelle. Comme l'expliquent Zumwalt et Petty,

> [TRADUCTION]
> [p]our identifier des suspects, il peut être utile de faire des prélèvements péniens afin de déterminer s'il y a eu une activité sexuelle récente. Cette méthode consiste à laver le pénis du suspect avec une solution saline. On imprègne ensuite cette substance du colorant Papanicolaou. Lorsque les cellules sont identiques aux cellules du vagin et du col de l'utérus, et lorsqu'elles peuvent être identifiées suivant la méthode d'identification de Barr, on peut présumer un coït récent[52].

(3) Le prélèvement de substances internes

Selon la plupart des gens, ce type de méthode est de nature «médicale» dans la mesure où la majorité des examens appartenant à cette catégorie sont des procédés qui, bien qu'ils soient parfois appliqués comme méthodes d'investigation scientifiques, sont le plus souvent appliqués par le personnel professionnel médical à des fins diagnostiques ou thérapeutiques. En bref, selon le *Indian Law Institute*:

> [TRADUCTION]
> On peut procéder à différents types d'examens médicaux dans le but d'obtenir des éléments de preuve qui se trouvent à l'intérieur du corps. Prenons, par exemple, les examens pour déterminer la grossesse, pour vérifier un accouchement récent ou pour détecter la présence de maladies transmises sexuellement, les analyses du sang et des urines pour vérifier la présence de substances toxiques ... Il est parfois nécessaire de faire une perforation dans l'épiderme ou de faire d'autres actes qui peuvent être douloureux ou dangereux (si ces actes ne sont pas faits sous bonne surveillance médicale)[53].

Encore une fois, cette liste n'est pas exhaustive. Voici quelques-unes des méthodes courantes qui comportent le prélèvement de substances internes dans le corps du sujet.

a) Les analyses de sang

On prélève le sang de la personne visée en perforant une veine[54] (habituellement la veine médiane cubitale[55]) ou des capillaires (habituellement au bout des doigts, parfois dans le lobe de l'oreille[56]). La quantité de sang nécessaire varie en fonction de l'examen envisagé. Par exemple, Bear estime qu'une analyse du

taux d'absorption de drogues et d'alcool requiert environ 10 ml de sang[57]. Toutefois, pour déterminer le groupe sanguin, une fraction seulement de cette quantité devrait suffire[58].

La détermination de la présence et du taux (s'il en est) d'alcool dans un échantillon de sang donné peut être faite de façon relativement fiable et précise au moyen de différents procédés scientifiques sophistiqués[59]. En outre, la détermination de la présence, du type et du taux (s'il en est) d'une drogue dans un échantillon de sang donné peut également être faite de façon fiable et précise dans plusieurs cas, quoiqu'une telle détermination comporte des limites et puisse soulever certaines difficultés en raison de certains facteurs[60].

La détermination du groupe sanguin est généralement faite selon les méthodes suivantes: le dosage des antigènes, le dosage des protéines et le dosage des enzymes[61].

b) L'analyse des prélèvements de salive

Bien qu'elle comporte d'autres utilisations sur le plan judiciaire, la salive est la sécrétion corporelle que l'on prélève le plus souvent dans le but de déterminer si une personne est ou non une «sécrétrice», c'est-à-dire une personne dont les substances de groupe (A, B, O) se trouvent dans les autres sécrétions corporelles[62]. Comme le souligne le comité de réforme du droit pénal de la Nouvelle-Zélande, [TRADUCTION] «[l]a salive peut être prélevée sans inconvénients pour la personne visée; en effet, cette dernière n'a qu'à mastiquer un tampon de ouate, du chewing-gum ou un tampon de gaze[63]».

c) L'analyse des urines

On peut classer le prélèvement d'échantillons d'urine pour analyse en laboratoire parmi les méthodes «à participation active» lorsque la personne visée fournit les échantillons suivant le procédé normal d'évacuation. Notons toutefois que les échantillons d'urine peuvent être également obtenus par cathétérisme urétral, c'est-à-dire par la montée d'une sonde dans l'urètre jusqu'à la vessie[64]. On peut analyser les urines notamment pour détecter la présence d'alcool ou de drogues (ou de métabolites de ces substances) en employant à peu près la même méthode que pour l'analyse du sang.

d) Le prélèvement du liquide séminal

En vue d'une analyse en laboratoire, on peut obtenir des échantillons de sperme en massant la prostate de la personne visée afin de provoquer une éjaculation involontaire. On a appliqué cette méthode sur des suspects et des prévenus dans le but d'obtenir des éléments de preuve relatifs à des maladies transmises sexuellement afin de corroborer l'identification dans des cas d'infractions sexuelles[65]. Notons toutefois que cette méthode, employée dans de telles circonstances, ne s'est pas révélée très fiable pour diagnostiquer les états pathologiques en cause[66].

(4) Méthodes qui nécessitent l'administration de substances

Certaines substances (par exemple, dans le cas des lavements et des drogues émétiques) peuvent être administrées à des personnes pour obtenir des «éléments de preuve matériels» qui, d'une façon ou d'une autre, ont été dissimulés. En outre, d'autres substances sont administrées à des suspects ou à des prévenus dans le but d'obtenir d'autres types d'éléments de preuve.

a) La narco-analyse

On a défini la narco-analyse comme étant une [TRADUCTION] «méthode qui consiste à injecter un narcotique par voie intraveineuse afin de provoquer chez le patient un état d'euphorie entraînant une stimulation de la parole et une diminution de son contrôle émotif ...[67]». Différentes drogues peuvent être administrées[68] mais, le plus souvent, on utilise le thiopental sodique et l'amobarbital sodique (barbituriques)[69]. Bien qu'on la désigne parfois par le terme familier «test du sérum de vérité», il faut souligner que l'on ne peut se fier à la narco-analyse pour obtenir des renseignements précis de la part des suspects et des prévenus[70].

b) L'utilisation d'autres drogues

Dans l'affaire *R.* v. *Conkie*[71], le prévenu était inculpé de meurtre et, lors du procès, il a invoqué notamment le moyen de défense de l'ivresse. La preuve a démontré qu'au cours de son examen psychiatrique dans un centre hospitalier en Alberta, le prévenu avait fait l'objet d'une expérience visant à mesurer son aptitude à absorber de fortes quantités d'alcool. Comme l'a décrit,

en appel, le juge Moir, on a administré au prévenu [TRADUCTION] «sous surveillance médicale, vingt-deux onces d'une boisson alcoolique, ce qui a provoqué chez lui un état délirant nécessitant, pour le maîtriser, l'intervention de cinq personnes et l'administration, par voie intraveineuse, de penthotal sodique[72]».

B. Les examens à participation active

Outre les différents examens que nous venons de décrire, il existe un certain nombre de méthodes d'investigation qui requièrent non seulement le consentement de la personne visée mais également une action. Le degré de participation du prévenu varie en fonction du type d'examen qui est pratiqué. Dans certains cas, il est difficile de faire la distinction, à la fois théorique et pratique, entre les examens à participation active et les examens qui ne nécessitent que le consentement tacite de la personne visée. Dans les paragraphes qui suivent sont décrits quelques-uns des examens qui, manifestement, font partie de la catégorie des examens à participation active.

(1) Les tests de performance physique

Divers tests de performance physique ont, de temps à autre, été appliqués par les policiers à titre de méthode d'évaluation préliminaire de l'affaiblissement des facultés par suite de l'absorption d'alcool ou de drogues[73]. Au sujet de leur fiabilité comme moyen d'évaluer la diminution des facultés de la personne visée, Watts fait observer que ces tests sont [TRADUCTION] «loin de faire l'unanimité ...[74]». Comme l'affirme Erwin dans son traité intitulé *Defense of Drunk Driving Cases*, dans certaines circonstances, il se pourrait fort bien que des personnes ayant une forte alcoolémie réussissent ces tests alors que d'autres personnes, qui sont sobres, échouent[75].

(2) La comparaison d'écritures

La comparaison d'écritures aux fins d'identification est une technique subjective[76]. Elle consiste à analyser les caractéristiques des écritures reconnues et de celles qui font l'objet de la comparaison (par exemple la forme, la dimension et la proportion,

l'épaisseur du trait, la pression, l'inclinaison, l'espacement, les levées de plume, la direction, la qualité, les traits de plume du début et de la fin), afin de vérifier s'il existe des caractéristiques communes aux deux échantillons, qu'elles soient particulières ou reliées à une catégorie, ou s'il y a absence de divergences fondamentales[77]. Il n'est pas nécessaire d'entrer dans tous les détails de cette technique complexe que constitue l'analyse de l'écriture. Qu'il nous suffise pour le moment de faire le résumé de la méthode employée couramment pour obtenir des spécimens du suspect ou du prévenu. Sur ce point, soulignons tout d'abord que le nombre d'écrits nécessaires pour faire une analyse et une comparaison adéquates varie d'un cas à l'autre. En règle générale, cela dépend des variantes dans l'écriture reconnue de la personne visée et dans l'écriture qui fait l'objet de la comparaison[78], du nombre des écrits qui doivent être examinés[79] ainsi que de la qualité du modèle de comparaison[80]. On peut obtenir des spécimens en remettant à la personne visée un formulaire spécial sur lequel elle doit écrire, en cursives et en lettres moulées, les mots et les chiffres qui lui sont indiqués, y apposer sa signature, et ainsi de suite[81]. Toutefois, même si l'on applique cette méthode, il est généralement préférable d'obtenir de la personne visée des spécimens des écrits en cause en les lui dictant[82]. On peut répéter cette opération plusieurs fois.

(3) L'analyse d'haleine

Dans certaines circonstances précises, on peut déterminer indirectement l'alcoolémie en déterminant la proportion des vapeurs d'alcool dans l'air qui remplit les alvéoles de l'appareil respiratoire, et en appliquant à celle-ci un facteur de conversion. Cette méthode a été rendue possible grâce au développement de divers types d'appareil, surtout l'ivressomètre de Borkenstein. Aux fins de cette analyse, le sujet doit souffler dans l'embout de l'appareil[83].

Lorsqu'elle est bien appliquée, et à la condition qu'elle soit faite à l'aide d'un appareil en bon état de fonctionnement, l'analyse d'haleine est une façon très précise de mesurer l'alcoolémie[84]. Bien que des substances autres que l'alcool éthylique (comme l'alcool méthylique, l'éther, le paraldéhyde, la fumée de cigare ou de cigarette et peut-être même l'acétone) soient susceptibles d'être détectées par l'appareil, il est peu probable qu'un examinateur

expert ne puisse identifier ces substances lorsqu'elles se trouvent en quantité suffisante pour influer sur les résultats du test[85]. Les données peuvent être considérablement faussées par la présence, dans la bouche du sujet, d'un résidu d'alcool, mais on pallie cette difficulté en ne prélevant un échantillon d'haleine qu'après avoir attendu au moins quinze minutes après que le sujet a cessé de consommer ou de régurgiter de l'alcool[86]. Même si le sujet peut fausser les résultats à son profit en ne rendant qu'une quantité limitée d'air alvéolaire[87], selon Lucas [TRADUCTION] «il est impossible pour un sujet d'expirer d'une manière qui puisse donner des résultats anormalement élevés[88]».

(4) Le test polygraphique

Comme l'a décrit brièvement un auteur canadien, le test polygraphique (détecteur de mensonge) consiste en une entrevue préparatoire suivie d'une entrevue formelle du sujet pendant qu'il est relié à un appareil qui enregistre les différentes réactions psycho-physiologiques au cours de l'interrogatoire[89]. Il ajoute que cette méthode consiste à comparer les réactions du sujet aux questions «de contrôle» routinières qui lui sont posées, à ses réactions aux questions pertinentes[90]. Afin d'éviter de prendre le sujet par surprise, chaque question est revue avec lui avant le test[91].

Le polygraphe est essentiellement composé de trois instruments enregistreurs séparés. L'un des instruments mesure les mouvements respiratoires à l'aide d'un pneumographe que l'on attache autour de la cage thoracique et de l'abdomen du sujet[92]. Le second instrument sert à mesurer le pouls et la tension artérielle au moyen d'une manchette entourant le bras du sujet[93]. Enfin, un troisième instrument enregistre les réactions électrodermiques (ou réponses psychogalvaniques) au moyen d'électrodes appliquées sur la main ou sur les doigts du sujet[94]. On peut également placer d'autres instruments sur le fauteuil du sujet afin de mesurer les contractions et la pression musculaires[95]. Le polygraphe enregistre toutes ces réponses physiologiques en même temps et les trace sur un graphique. Le polygraphiste marque ce graphique de points au cours de l'entrevue afin d'y localiser les différentes questions qui ont été posées et afin d'y indiquer si le sujet a répondu par un «oui» ou par un «non»[96].

Il importe de souligner que le polygraphe n'a pas pour but de «détecter» les mensonges. Comme le font observer Moenssens et Inbau, les changements physiologiques que l'appareil enregistre ne servent qu'à faciliter le *diagnostic* (subjectif) que peut poser l'expert sur la véracité ou la fausseté des déclarations[97]. Par conséquent, la détermination de la vérité repose en partie sur la compétence et la formation du polygraphiste. Hormis les cas de dérèglement, d'autres facteurs peuvent entraîner des diagnostics erronés de fausses déclarations (c'est-à-dire des «faux résultats positifs»): l'état de grande nervosité[98], la peur[99], une tension artérielle élevée ou basse[100], une maladie de cœur[101], des troubles respiratoires[102], la maladie mentale[103], l'absorption de drogues[104], la grossesse[105], l'origine ethnique ou le milieu culturel[106], et ainsi de suite[107].

(5) L'analyse spectrographique

L'analyse spectrographique est une technique d'identification des voix par les «empreintes vocales». L'«empreinte vocale» s'entend [TRADUCTION] «d'une représentation graphique des ondes acoustiques émises par une personne et mesurées en fonction du temps, de leur fréquence et de leur amplitude[108]». Essentiellement, deux catégories d'empreintes vocales peuvent être obtenues et analysées par cette méthode: (1) les vocogrammes à traits, [TRADUCTION] «qui représentent les traits de résonance de la voix en fonction des dimensions temps, fréquence et intensité du son» (très utiles pour comparer les voix connues avec des voix inconnues)[109], et (2) les vocogrammes à courbes de niveau, [TRADUCTION] «qui représentent des courbes de temps, d'intensité et de fréquence du son, tout à fait comparables aux courbes qui figurent sur une carte topographique» (très utiles au système de classement spectrographique sur ordinateur)[110]. Tout comme pour les empreintes digitales, on peut subjectivement identifier des voix en comparant visuellement des empreintes vocales connues et inconnues. Comme le souligne Tosi, [TRADUCTION] «[t]oute méthode d'identification ou de vérification d'identité est nécessairement fondée sur des paramètres qui varient différemment, ou qui varient moins chez un seul individu que chez plusieurs personnes[111]». Par conséquent, l'analyse spectrographique est fondée sur la théorie suivante: premièrement, les caractéristiques anatomiques des mécanismes d'articulation des personnes diffèrent considérablement d'un individu à l'autre et, deuxièmement, la

façon dont une personne se sert de son mécanisme d'articulation peut varier mais il s'en dégage une certaine constante[112]. Toutefois, la valeur de cette théorie demeure fortement controversée[113].

L'identification des voix par l'analyse spectrographique ne nécessite que l'enregistrement, sur bande magnétique ou, selon les circonstances, au moyen d'un instrument enregistreur relié à une ligne téléphonique, des paroles prononcées par le suspect. On demande au suspect de répéter, une phrase à la fois (parfois à plusieurs reprises), la transcription de l'enregistrement de la voix connue. On compare ensuite la voix du suspect avec la voix connue[114].

Enfin, soulignons que lors des parades d'identification, on demande parfois aux figurants de parler fort[115] ou de répéter certains mots[116].

(6) L'examen psychiatrique

L'examen psychiatrique complet comporte généralement trois étapes, soit l'examen physique, le test psychologique et l'entrevue psychiatrique[117]. Nous avons déjà traité de la première étape sous la rubrique «L'examen médical». Soulignons toutefois que lorsque l'on soupçonne l'influence possible d'un trouble organique sur l'état ou le comportement mental du sujet, on peut avoir recours à divers tests spécifiques. Comme l'explique Schiffer,

> [TRADUCTION]
> [e]n règle générale, les tests physiques ont pour but de détecter toute anomalie de nature organique qui pourrait avoir influé sur le comportement criminel du prévenu. Ces tests comprennent les analyses de sang (pour détecter, par exemple, l'intoxication au plomb ou à l'alcool, l'anémie, la syphilis, etc.), l'analyse des urines (qui permet de détecter le diabète ou l'hypoglycémie), les radiographies routinières des poumons et du crâne et, parfois, certains examens organiques et neurologiques spécifiques comme l'encéphalographie gazeuse, l'électro-encéphalographie et l'examen du liquide céphalo-rachidien (qui permettent de diagnostiquer des troubles cérébraux organiques comme la méningite, les tumeurs, l'épilepsie, les lésions cérébrales et la neuro-syphilis)[118].

En règle générale, on peut répartir les tests psychologiques (qui sont administrés par des psychologues cliniciens) en trois catégories[119]: les tests d'intelligence (on demande au sujet de

résoudre des problèmes ou de répondre à des questions orales[120]), les questionnaires portant sur la personnalité du sujet et sur les traits de son comportement (on demande au sujet de répondre à des questions personnelles[121]), et les tests projectifs de personnalité (qui consistent à demander au sujet de faire différentes choses comme, par exemple, interpréter le sens d'une image[122], dire ce qu'évoquent pour lui des taches d'encre[123] ou esquisser un portrait[124]). Il existe d'autres tests qui servent à mesurer la déficience intellectuelle du sujet[125].

L'entrevue psychiatrique consiste naturellement en une conversation entre le psychiatre et le sujet. Bien qu'elles soient difficiles à définir, Sullivan a énuméré les principales caractéristiques de la consultation clinique. D'après lui, cette dernière est, en partie,

> [TRADUCTION]
> une communication principalement *verbale*, entre deux personnes plus ou moins *volontairement intégrées l'une à l'autre*, fondée sur un lien *spécialiste-client* qui se développe progressivement, et visant à élucider des *traits caractéristiques* de la *vie psychique* du sujet, du patient ou du client que ce dernier considère comme étant particulièrement pénibles ou extrêmement valables ...[126]

Pour sa part, Stevenson souligne qu'il n'est pas nécessaire que l'entrevue revête une forme particulière. En effet, d'après lui,

> [TRADUCTION]
> [i]l fut un temps où l'entrevue sous forme d'interrogatoire pouvait satisfaire aux exigences de la consultation clinique en psychiatrie, ce qui est encore le cas de l'anamnèse médicale relativement aux antécédents pathologiques de nature purement physique. Cependant, bien qu'aujourd'hui l'entrevue psychiatrique comporte toujours un interrogatoire, on insiste beaucoup plus sur les échanges informels entre le psychiatre et son patient[127].

Toutefois, cela ne veut pas dire que les buts visés par la consultation clinique et que les symptômes qui y sont diagnostiqués ne sont pas clairement établis. Dans leur description de l'examen clinique typique en psychiatrie, Stevenson et Sheppe ont énuméré plusieurs éléments essentiels sur lesquels le psychiatre doit porter son attention. Ceux-ci comprennent les états émotionnels du sujet, son comportement (y compris sa tendance à la destructivité), son intelligence (y compris son vocabulaire, ses connaissances, sa mémoire et son jugement), les processus de la pensée (y compris la vivacité, l'acuité et la finesse de la pensée, de

même que l'aptitude intellectuelle supérieure et la rigidité des processus de la pensée), la manière de penser (y compris les principaux thèmes, les anomalies psychologiques, la perception de soi-même et l'intuition) et les représentations intellectuelles (y compris les erreurs de perception, les aberrations, les hallucinations, l'attention et l'orientation)[128]. En outre, lorsqu'il fait son diagnostic, le psychiatre doit attacher autant d'importance aux signes physiques (par exemple, l'expression du visage, les gestes, les attitudes, etc.) qu'aux renseignements que lui fournit verbalement le sujet[129]. En ce qui a trait aux expertises psychiatriques, le psychiatre peut choisir d'interroger directement le sujet sur les circonstances de l'infraction qu'il est soupçonné d'avoir commise. Comme l'écrit Davidson,

> [TRADUCTION]
> [e]n Angleterre, lorsqu'un médecin demande à l'accusé s'il a commis l'infraction qu'on lui reproche, on considère que c'est une pratique déloyale; toutefois, les psychiatres américains estiment souvent qu'il est impossible de procéder à un examen psychiatrique complet sans aborder cette question[130].

(7) L'hypnotisme

Les psychiatres Kolb et Brodie ont défini l'hypnose comme étant [TRADUCTION] «un état de dissociation mentale provoqué par la suggestion[131]». La dynamique complexe de cette méthode déborde le cadre du présent document de travail[132], mais il faut souligner, aux fins de la présente étude, que l'hypnose est un moyen efficace de diminuer les inhibitions du sujet et de rendre accessibles des renseignements refoulés dans la partie subconsciente de son esprit (c'est-à-dire, des renseignements qu'il a «oubliés»)[133]. Toutefois, comme moyen de connaître la vérité, la précision de cette méthode n'a pas été prouvée. Une personne en état d'hypnose est capable de mentir ou d'avouer la perpétration de crimes qu'elle n'a jamais commis[134].

Selon Arons, [TRADUCTION] «bien que les experts reconnaissent aujourd'hui qu'il est possible de mettre des sujets réceptifs en état d'hypnose sans qu'ils en soient conscients[135]», il serait exagéré de prétendre que l'on puisse provoquer un état d'hypnose, même indirectement, sans le consentement tacite du sujet[136].

III.

L'utilisation en preuve des résultats des méthodes d'investigation scientifiques

Après avoir énuméré et décrit les différentes méthodes d'investigation scientifiques auxquelles peuvent être soumis les prévenus et les suspects, nous allons maintenant examiner comment peuvent être mis à profit, devant le tribunal, les résultats obtenus directement ou indirectement par l'application de ces méthodes. L'analyse de la jurisprudence et des lois nous permet de conclure que dans l'état actuel du droit, il existe au moins onze façons d'obtenir des éléments de preuve établissant la culpabilité du prévenu par l'application des méthodes d'investigation scientifiques. Nous allons les passer en revue dans leurs grandes lignes dans le présent chapitre.

A. Les éléments de preuve matériels permettant l'identification

Certaines méthodes d'investigation scientifiques permettent d'obtenir d'un suspect ou d'un prévenu des éléments de preuve matériels qui peuvent être comparés avec d'autres éléments de preuve matériels relatifs au lieu du crime ou à la victime, et cette comparaison constitue une preuve d'identification admissible.

Il s'agit peut-être là de l'utilisation «traditionnelle» ou, tout au moins, de l'utilisation la plus évidente des méthodes d'investigation scientifiques. Lorsque l'identification de l'auteur de l'infraction est en cause, les scientifiques peuvent comparer les résultats des techniques d'investigation (comme la prise et l'analyse d'empreintes digitales, d'empreintes palmaires ou d'empreintes de pas,

l'analyse des poils et des cheveux, le prélèvement des rognures d'ongles, les empreintes des dents, l'analyse du sang, de la salive, des urines et du sperme, etc.) avec les traces qui sont découvertes sur les lieux du crime ou sur la victime et qui peuvent constituer des «indices». Les résultats de cette comparaison peuvent ensuite être produits devant le tribunal par le truchement des témoignages d'opinion des experts, comme preuve circonstancielle de la culpabilité du prévenu[137].

On peut facilement comprendre la pertinence des différentes formes que peut revêtir la preuve circonstancielle «basée sur des indices physiques» en se référant à quelques-uns des nombreux arrêts publiés où il a été jugé que cette preuve était admissible. L'affaire *Cupp* v. *Murphy*[138], un arrêt américain, est un exemple d'utilisation en preuve de rognures d'ongles. Dans cette affaire d'homicide par strangulation, les enquêteurs ont prélevé des rognures d'ongles de l'époux de la victime après avoir remarqué une tache foncée sur son doigt qu'ils ont soupçonné être du sang coagulé. L'analyse médico-légale des prélèvements a révélé la présence de tissus épidermiques et de cellules sanguines, ainsi que de morceaux d'étoffe provenant de la chemise de nuit de la victime. Dans bon nombre de cas, la comparaison des poils et des cheveux a été utilisée en preuve. L'arrêt *State* v. *Andrews*[139] est un exemple typique. Dans cette affaire, on a comparé les poils de pubis trouvés sur le lieu du viol avec des poils de pubis prélevés sur le prévenu. Les traces de morsures ont également été jugées recevables en preuve dans un certain nombre d'arrêts américains et, dans la plupart de ces affaires, il était question de traces de morsures sur le corps des victimes[140]. Toutefois, dans l'affaire *Doyle* v. *State*[141], les traces de dents laissées sur des restes d'aliments ont permis de conclure que le prévenu s'était trouvé sur le lieu du crime.

Il importe de souligner que la recevabilité et la force probante de toute preuve de la «concordance» des «indices» dépendent habituellement de trois critères différents: (1) la nature de l'indice en question; (2) la méthode d'analyse qui est employée; et (3) les circonstances de l'affaire.

(1) La nature de l'indice

Certains indices, à condition qu'ils fassent l'objet d'une analyse judicieuse, peuvent être comparés d'une façon extrême-

ment précise. Autrement dit, théoriquement, la spécificité inhérente de certains indices physiques permet de déterminer avec une certitude presque absolue s'ils appartiennent à la personne qui a fourni l'échantillon de comparaison. Ainsi, comme le souligne McWilliams au sujet de la preuve des empreintes digitales, [TRADUCTION] «[o]n reconnaît généralement qu'il est impossible de trouver deux empreintes digitales identiques[142]». Par conséquent, comme l'a affirmé en Grande-Bretagne la Commission royale d'enquête sur la procédure pénale, [TRADUCTION] «[l]a preuve des empreintes digitales est souvent péremptoire et, par voie de conséquence, constitue une preuve directe entraînant la condamnation du prévenu ...[143]». Dans l'affaire *Goguen* v. *The Queen*[144], les empreintes digitales étaient les seuls éléments de preuve liant le prévenu à la perpétration d'une introduction par effraction. La Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick décida que cette preuve était [TRADUCTION] «une circonstance pouvant permettre au magistrat de conclure à la culpabilité du prévenu[145]» et pouvant satisfaire à la règle énoncée dans l'arrêt *Hodge*[146]. De même, dans l'affaire *Dufresne* c. *La Reine*[147], la Division d'appel de la Cour du Banc de la Reine du Québec jugea qu'en l'absence de justification, le jury avait le droit de conclure, en se fondant uniquement sur la preuve d'empreintes digitales, que le prévenu était le conducteur du véhicule automobile ayant servi lors d'un vol à main armée. Dans l'affaire *R.* v. *Keller*[148], on a jugé que la présence inexplicable d'empreintes digitales du prévenu sur un carton d'allumettes trouvé près d'un coffre-fort qui avait été percé à l'aide d'un chalumeau constituait une preuve d'identification circonstancielle suffisante pour conclure à la culpabilité du prévenu.

D'autres types «d'indices physiques» ne sont pas aussi concluants que les empreintes digitales. Dans le cas des échantillons de sang par exemple, vu l'état actuel de la sérologie médico-légale, il est impossible de déterminer si le sang prélevé provient du prévenu en raison du grand nombre d'individus faisant partie du groupe sanguin en question[149]. Le même problème se pose dans le cas des autres types d'indices physiques qui comportent l'analyse des caractéristiques des groupes sanguins comme, par exemple, la salive, le mucus, le sperme, la transpiration, les larmes, les fluides vaginaux, les substances gastriques [150]. Quoi qu'il en soit, ces éléments de preuve peuvent être utiles lorsque plusieurs personnes sont soupçonnées d'avoir commis une infraction et que l'on doit procéder par élimination[151]. Il convient toutefois de souligner que la

sérologie médico-légale a fait d'immenses progrès. Dans certains cas, les techniques actuelles permettent, à l'aide de données statistiques, de réduire à un tout petit groupe les personnes susceptibles d'être donneurs de l'échantillon de sang recherché[152].

La preuve des traces de morsures pose un certain nombre de problèmes. Comme le font observer Moenssens et Inbau, une identification précise est possible [TRADUCTION] «dans des circonstances exceptionnelles, par exemple, lorsque la morsure est profonde, très prononcée, très apparente et bien conservée et lorsqu'elle est faite par des dents laissant des marques caractéristiques ...[153]», mais ils soulignent que dans la plupart des cas, cette méthode ne permet pas une identification positive[154].

De même, en ce qui concerne l'analyse des poils et des cheveux, à part quelques rares exceptions, il n'existe actuellement aucune méthode d'identification positive des poils et des cheveux d'une personne[155]. Habituellement, la comparaison des poils et des cheveux au moyen de la microscopie comparative permet de déterminer tout au plus: (1) si les cheveux ou les poils examinés proviennent d'individus de la même race; (2) si ces poils ou ces cheveux proviennent d'individus du même sexe; et (3) dans quelle mesure ces poils ou ces cheveux présentent des similitudes par leur couleur, leur composition, leur pigmentation [156]. Bien qu'il soit possible de faire une analyse sérologique des poils et des cheveux lorsque leurs racines sont présentes[157], la force probante des résultats de cette analyse est, nous l'avons vu, fort limitée. Même lorsqu'on applique une méthode objective et quantitative comme l'activation neutronique, l'identification se heurte à certaines difficultés d'ordre pratique, comme le nombre d'échantillons, le niveau de contamination et la grande variabilité dans le temps des teneurs en métaux des cheveux d'une même personne[158]. En outre, malgré les statistiques concernant la composition chimique des cheveux dans la population canadienne[159], il semble que l'on ne dispose pas de statistiques aussi complètes en ce qui concerne les poils du pubis et des autres parties du corps[160].

Bien que ce type de restrictions diminue l'utilité de certaines méthodes d'investigation scientifiques, il ne les rend pas nécessairement inefficaces.

(2) La technique employée pour l'analyse

Même dans le cas des indices spécifiques, la recevabilité même des différents résultats des méthodes d'investigation, sur lesquels sont basées les opinions scientifiques des experts, peut dépendre notamment de leur degré de précision scientifique. Aux États-Unis, le critère de recevabilité des éléments de preuve scientifiques que l'on admet généralement est celui énoncé par la Cour d'appel des États-Unis, district de Columbia, dans l'affaire *Frye* v. *United States*[161]. Voici ce qu'a déclaré le juge Van Orsdel:

> [TRADUCTION]
> Il est difficile de préciser à quel moment une théorie ou une découverte scientifique passe de l'expérimentation à la démonstration. À l'intérieur de cette zone grise, il faut reconnaître la force probante de la théorie, et bien que les tribunaux acceptent d'emblée les témoignages d'experts basés sur une théorie ou une découverte scientifique reconnue, il faut que ce fondement scientifique soit *suffisamment prouvé pour être accepté de tous dans le domaine particulier en cause*. [C'est nous qui soulignons]

Dans l'affaire *R.* v. *Medvedew*[162], le juge O'Sullivan de la Cour d'appel du Manitoba a souscrit à ce critère en déclarant: [TRADUCTION] «J'ignore si ce critère est appliqué par les tribunaux canadiens mais, selon moi, il est plein de bon sens et reflète un point de vue qui est en accord avec les principes du common law[163]».

Nous pensons que les méthodes qui ne répondent pas aux critères énoncés dans l'affaire *Frye* devraient être mises en doute. C'est pourquoi nous sommes d'avis que l'utilisation de la force pour appliquer ces méthodes ne devrait pas être autorisée et que le défaut ou le refus d'une personne de s'y soumettre ne devrait entraîner aucune sanction pénale ni conséquence sur le plan de la preuve. Cela ne facilite toutefois pas la tâche difficile qui consiste à distinguer les méthodes qui répondent aux critères énoncés dans l'affaire *Frye* de celles qui ne répondent pas à ces critères. La jurisprudence canadienne concernant la preuve des «empreintes vocales» illustre bien cette difficulté. Aux fins de notre étude, on peut comparer l'analyse spectrographique à celle des «indices physiques».

La première décision publiée où un tribunal canadien a traité la question de la recevabilité de l'analyse des empreintes vocales

est celle qui a été rendue dans l'affaire *R.* v. *Montani*[164]. Dans cette affaire, la Couronne a tenté de produire un témoignage d'expert basé sur les résultats d'une analyse spectrographique afin d'identifier une voix captée au moyen d'un appareil d'écoute téléphonique et de constater si c'était celle du prévenu. Sur la question de la fiabilité de cette méthode, la Couronne a présenté les arguments suivants: (1) des études empiriques ont démontré que l'analyse spectrographique est une méthode «assez précise»[165], et (2) les tracés de la voix d'un imitateur ne seraient pas identiques à ceux du sujet[166]. Finalement, après avoir passé en revue la jurisprudence où la preuve d'identification des voix par des témoins qui n'étaient pas des experts avait été déclarée recevable, le juge Marck de la Cour provinciale de l'Ontario a jugé que la preuve produite par l'expert était recevable[167].

Dans l'affaire *R.* v. *Medvedew*[168], la Cour d'appel du Manitoba s'est penchée sur la question de la recevabilité en preuve des vocogrammes. Après avoir déclaré recevable en preuve le témoignage d'un expert en analyse spectrographique cité comme témoin à charge ainsi que les témoignages tout à fait opposés de deux autres experts quant à la fiabilité des vocogrammes, le juge de première instance avait laissé la question de la force probante des témoignages au jury. Au nom de la majorité de la Cour d'appel, le juge Matas a décidé que le juge de première instance n'avait commis aucune irrégularité en déclarant la preuve recevable ou dans la façon dont il avait traité cette question. Par conséquent, il a rejeté l'appel interjeté par le prévenu de sa condamnation pour avoir proféré des menaces par téléphone. Toutefois, le juge O'Sullivan a basé sa dissidence sur le fait notamment que les témoins n'avaient pas démontré que l'analyse des vocogrammes est une méthode scientifique suffisamment précise pour admettre la production de témoignages d'experts fondés sur cette analyse. Selon lui, le juge de première instance avait demandé au jury non seulement d'évaluer la force probante de ces éléments de preuve mais aussi de trancher la question de la précision scientifique de cette méthode en se basant sur leur appréciation de la compétence des témoins.

Même lorsqu'une méthode d'investigation scientifique satisfait au critère de la «précision scientifique» requise pour la recevabilité des témoignages d'experts, la force probante qui est donnée aux résultats de cette méthode pourrait très bien diminuer en raison de

l'existence d'une autre méthode qui est tout au moins *susceptible* d'être plus fiable. L'analyse des poils et des cheveux illustre bien cette possibilité. Comme nous l'avons souligné dans la partie II, bien que la méthode habituelle d'analyse des poils et des cheveux consiste à comparer subjectivement des échantillons à l'aide d'un microscope en évaluant les différences et les similitudes en fonction d'une série de critères, l'autre méthode, plus moderne (et essentiellement plus objective), soit l'activation neutronique, au dire de Moenssens et Inbau, [TRADUCTION] «a dans une certaine mesure révolutionné toutes les techniques d'investigation des indices infinitésimaux et ce, parce qu'elle est une méthode plus précise que la plupart des autres méthodes connues[169]». Les auteurs citent un arrêt de jurisprudence au Canada[170] où l'on a comparé, au moyen de l'activation neutronique, un poil trouvé sous l'ongle d'une victime de meurtre avec les poils prélevés sur le prévenu. L'analyse a révélé que les poils avaient la même teneur en sodium, en cuivre et en manganèse. D'après l'expert, il y avait environ une chance sur un million qu'une telle coïncidence se produise.

L'utilité de l'analyse par activation neutronique est loin de faire l'unanimité chez les auteurs du domaine médico-légal[171], mais il semble que le fait de ne pas employer cette technique risque de compromettre sérieusement l'effet du témoignage d'expert basé exclusivement sur la microscopie comparative des poils et des cheveux. Par exemple, dans l'affaire *R.* v. *Roberts*[172], on a comparé les poils et les cheveux prélevés sur une personne accusée de meurtre avec les poils et les cheveux trouvés dans l'appartement d'une victime d'homicide à laquelle l'accusé prétendait n'avoir jamais rendu visite. D'après le témoignage de l'expert cité comme témoin à charge, l'analyse microscopique des poils et des cheveux a révélé que ces poils et ces cheveux étaient [TRADUCTION] «semblables à ceux de M. Roberts et il se pourrait qu'ils lui appartiennent[173]». Selon lui, le terme «semblables» signifiait [TRADUCTION] «quasiment identiques[174]». Le prévenu a été reconnu coupable mais la Cour d'appel de l'Ontario a ordonné la tenue d'un nouveau procès parce qu'une nouvelle preuve d'expert basée sur l'analyse par activation neutronique a révélé [TRADUCTION] «[qu']il est peu probable que les cheveux qui, au microscope, paraissaient semblables à ceux de l'appelant, soient en fait les cheveux de l'appelant[175]». Le prévenu fut acquitté à l'issue du second procès.

(3) Les circonstances de l'affaire

La force probante d'un indice physique donné varie selon les circonstances. Ainsi, bien que la preuve d'empreintes digitales soit, dans certaines circonstances, péremptoire sur la question de l'identification, elle peut (comme toute autre preuve circonstancielle) être réfutée dans d'autres circonstances[176]. Dans d'autres cas, bien que les empreintes digitales ne permettent pas en soi d'identifier l'auteur de l'infraction, elles peuvent néanmoins constituer un élément de preuve corroborant. Dans l'affaire *R.* v. *LaRochelle*[177] par exemple, d'après le témoignage de la plaignante dans cette affaire d'attentat à la pudeur, le prévenu avait jeté une bouteille de bière à l'endroit isolé où l'attentat avait eu lieu. Comme le prévenu niait avoir rencontré la plaignante, on a jugé que la présence, à cet endroit, d'une bouteille de bière portant les empreintes digitales du prévenu, constituait un élément de preuve corroborant.

D'autres types d'indices physiques qui ne sont pas aussi clairs que les empreintes digitales peuvent néanmoins être utiles. Par exemple, dans l'affaire *R.* v. *Éthier*[178], la personne accusée de viol a nié avoir jamais rencontré la plaignante. La Cour d'appel de l'Ontario a décidé que la preuve scientifique établissant la similitude des traces de sang et des cheveux ne pouvait constituer un élément de preuve *corroborant* en ce qui a trait à l'identification, mais que le jury pouvait en tenir compte dans son appréciation de la *crédibilité* de la version de la plaignante.

B. L'identification par des témoins oculaires

L'application de certaines méthodes d'investigation scientifiques peut permettre à des témoins oculaires d'identifier le prévenu à l'auteur de l'infraction.

Certaines méthodes d'investigation comme les parades d'identification, les confrontations, le port de certains vêtements ou le fait de prononcer certaines paroles en présence des témoins de l'infraction peuvent permettre à un témoin ou à des témoins au procès d'identifier le prévenu à l'auteur de l'infraction en question.

La nature et la force probante de l'identification par témoin oculaire au moyen des méthodes susmentionnées ont été discutées

dans de nombreux arrêts de même que par de nombreux commentateurs et auteurs[179]. Il convient de souligner au départ que tout comme la preuve scientifique dont nous avons traité dans la section A, ci-dessus, l'identification par témoin oculaire est une forme de *témoignage d'opinion*. Comme le fait remarquer le juge O'Halloran, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, dans l'affaire *R.* v. *Browne and Angus*[180],

> [TRADUCTION]
> [l]orsqu'on rationalise une identification positive faite par un témoin qui affirme: «Voilà la personne», on conclut qu'il s'agit d'une opinion et non pas de l'affirmation d'un fait en particulier. Un témoin peut affirmer tout au plus qu'à son avis la personne qu'il identifie est la bonne en raison de telle ou telle caractéristique dont il se souvient.

Quant à la force probante de l'identification par témoin oculaire, certaines précisions s'imposent. Premièrement, certains considèrent qu'en tant que tel, et abstraction faite de toute caractéristique digne d'attention, le témoignage oculaire

> [TRADUCTION]
> ...n'est rien de plus qu'une opinion fondée sur une hypothèse ou une conjecture sans fondement et, tout au plus, constitue un fondement instable sur lequel on puisse baser la certitude morale et immuable de culpabilité, qui est nécessaire pour supprimer tout doute raisonnable[181].

Ainsi, on a jugé que lorsque la question de l'identification est un des principaux points en litige,

> [TRADUCTION]
> il faut, en des termes généraux, attirer l'attention du jury sur le fait que dans un certain nombre de causes, ce type d'identification a donné lieu à des erreurs sur la personne, qu'il y a, en l'espèce, des risques d'erreur sur la personne et qu'il est nécessaire de faire preuve de circonspection[182].

Il convient également de souligner que la fiabilité de ce type d'identification dépend de plusieurs facteurs comme les circonstances dans lesquelles le témoin a observé l'auteur de l'infraction, la période de temps qui s'est écoulée depuis l'observation, la connaissance qu'avait le témoin du suspect avant la perpétration de l'infraction et la présence (ou l'absence) de particularités physiques propres à l'auteur de l'infraction[183]. Enfin, mentionnons que le fait de ne pas avoir recours à des procédures d'identification par témoin oculaire avant le procès (par exemple, la tenue d'une parade d'identification) diminue grandement la force probante du

témoignage du témoin oculaire lorsqu'il identifie, devant le tribunal, l'accusé à l'auteur de l'infraction en cause[184]. Selon Cross, la tenue d'une parade d'identification avant le procès ou l'enquête préliminaire est la [TRADUCTION] «procédure normale à suivre[185]». Il souligne que les paroles et les actes d'un témoin en dehors du tribunal (c'est-à-dire lors d'une parade d'identification) sont admissibles en preuve pour corroborer l'identification du prévenu à l'auteur de l'infraction et ce, peu importe si, en règle générale, les autres déclarations antérieures sont irrecevables à titre de preuve corroborante[186]. Comme le fait remarquer lord Haldane dans l'affaire *R.* v. *Christie*[187], les actes et les déclarations faits en dehors du tribunal peuvent servir [TRADUCTION] «à démontrer que [le témoin] était, au moment de l'identification, en mesure d'identifier le prévenu et à exclure que l'identification du prisonnier dans la salle d'audience était une réflexion après coup ou une erreur».

Même lorsque l'on tient une parade d'identification en bonne et due forme, on ne peut affirmer que l'identification par témoin oculaire qui en résulte est certaine[188].

Bien entendu, les photographies constituent une autre méthode utilisée par les policiers dans le cadre de leurs enquêtes et qui peut, en définitive, être utile dans la preuve d'identification par témoin oculaire. Selon le juge Robertson, juge en chef de l'Ontario, dans l'affaire *R.* v. *Goldhar*[189], [TRADUCTION] «il est souvent nécessaire, pour faire avancer l'enquête des policiers, de présenter des photographies à quelqu'un qui pourra peut-être identifier la photo du suspect ...». À ce propos, Cohen a qualifié la présentation des photographies [TRADUCTION] d'«outil d'enquête indispensable[190]». Toutefois, cela ne veut pas dire que l'identification d'un prévenu à l'auteur d'une infraction au moyen de photographies a plus de force probante que la preuve obtenue lors d'une parade d'identification.

C. Les éléments de preuve matériels relatifs au comportement criminel

Certaines méthodes d'investigation scientifiques permettent d'obtenir du prévenu ou du suspect des éléments de preuve matériels qui servent à corroborer d'autres éléments de preuve ou

qui en soi constituent un commencement de preuve du comportement criminel du prévenu dans une situation donnée.

Il ne fait pas de doute que les méthodes d'investigation scientifiques qui consistent à prélever et à analyser des échantillons de sang, d'urine, d'haleine, de salive, et ainsi de suite, sont utiles lorsque des dispositions législatives font de la conduite d'une personne une infraction en cas d'absorption de certaines substances en quantité suffisante. Par exemple, le paragraphe 234(1) du *Code criminel* prévoit ce qui suit:

> Quiconque, à un moment où sa capacité de conduire un véhicule à moteur est affaiblie par l'effet de l'alcool ou d'une drogue, conduit un véhicule à moteur ou en a la garde ou le contrôle, que ce véhicule soit en mouvement ou non, est coupable d'un acte criminel ou d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité ...

Dans ce cas, il semble que la consommation par le prévenu d'une quantité prouvée d'alcool ou d'une drogue n'est pas, en soi, suffisante pour établir la diminution de sa capacité de conduire un véhicule à moteur[191]. En outre, le tribunal peut exiger le témoignage d'un expert concernant sa capacité de conduire pendant que ses facultés sont affaiblies par l'effet de l'alcool ou d'une drogue[192]. Toutefois, cette difficulté disparaît lorsqu'une personne est accusée en vertu du paragraphe 236(1) du *Code* dont voici le texte:

> Le conducteur d'un véhicule à moteur ou la personne en ayant la garde à l'arrêt dont le taux d'alcoolémie dépasse 80 milligrammes par 100 millilitres de sang, est coupable d'un acte criminel ou d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité ...

Le *Code* contient des dispositions analogues relativement à la conduite ou à l'utilisation des bateaux. Voici le libellé du paragraphe 240(4):

> Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité quiconque, alors que sa capacité de conduire ou d'utiliser un bateau est affaiblie par l'alcool ou une drogue, conduit ou utilise un bateau.

L'article 240.2 prévoit ce qui suit:

> Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité quiconque conduit ou utilise un bateau alors qu'il a consommé une quantité d'alcool telle que la proportion d'alcool dans son sang dépasse 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang.

D. Les témoignages d'opinion de profanes sur le caractère criminel de la conduite du prévenu

Certaines méthodes d'investigation scientifiques peuvent entraîner la production en preuve de témoignages d'opinion de profanes (ou leur donner du poids) qui confirment ou qui corroborent le caractère criminel de la conduite du prévenu dans une situation donnée.

En règle générale, comme le souligne Cross, il est interdit aux témoins ordinaires de tirer des conclusions à partir de faits qu'ils ont observés (c'est-à-dire, exprimer leur opinion)[193]. Il est cependant permis à un témoin de donner son opinion ou de livrer ses impressions lorsque, selon l'expression d'un juge américain, [TRADUCTION] «les faits observés par le témoin étaient trop obscurs pour être remémorés ou trop compliqués pour être racontés séparément en détail ...[194]». Le raisonnement est le suivant: dans de telles circonstances, le témoin est mieux placé que le jury pour tirer la conclusion, étant donné qu'il lui est pratiquement impossible de fournir aux jurés tous les renseignements sur lesquels cette conclusion pourrait être fondée[195]. Au Canada, ce raisonnement a permis d'admettre en preuve l'opinion de témoins ordinaires sur de nombreuses questions. Aux fins de notre étude, ce raisonnement a notamment permis d'admettre en preuve les témoignages des policiers sur l'état d'ébriété de prévenus inculpés de conduite pendant que leur capacité de conduire était affaiblie, en vertu du paragraphe 234(1) du *Code criminel*[196]. Dans l'affaire *R.* v. *Graat*[197], un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario confirmé récemment par la Cour suprême du Canada[198], il a été souligné que [TRADUCTION] «[l]a force probante de ces témoignages d'opinion varie d'un témoin à l'autre en fonction des faits observés sur lesquels ces témoignages sont basés».

Ainsi, on conçoit facilement comment la performance du prévenu aux différents tests de performance physique auxquels la police lui ordonne de se soumettre, permet de constituer pour l'avenir un témoignage d'opinion quant à l'affaiblissement de ses facultés. C'est pourquoi, comme l'a fait remarquer le tribunal dans l'affaire *R.* v. *Dixon*[199],

[TRADUCTION]
les recueils de jurisprudence sont pleins de cas où l'on a relaté des résultats de tests de performance physique auxquels le prévenu est tenu de se soumettre dès son arrivée au poste de police, comme le test de l'orteil contre le talon, le test du contact de l'index avec le nez pendant que les yeux sont fermés, le ramassage des pièces de monnaie en se tenant debout sur une seule jambe, le test de démarche le long d'une ligne ...

La Cour a implicitement reconnu l'utilité de ces tests en ajoutant:

[TRADUCTION]
Si les enquêteurs n'utilisent pas ces moyens pour vérifier ou prouver le degré d'affaiblissement des facultés d'un individu, ils devraient, dans ce cas, faire preuve de très grande vigilance afin d'être en mesure de produire devant le tribunal une description raisonnablement complète et détaillée des symptômes objectifs qu'ils ont pu observer chez l'accusé au moment de son arrestation ou après celle-ci, et qui sont de nature à convaincre le tribunal que la capacité du prévenu de conduire un véhicule à moteur était, à ce moment, effectivement affaiblie par l'effet de l'alcool[200].

Le juge ajouta:

[TRADUCTION]
... de telles conditions sont particulièrement nécessaires lorsque, comme en l'espèce, il n'existe aucune preuve en ce qui a trait à la façon de conduire de l'accusé et celui-ci n'a eu aucun accident[201].

Lorsqu'il existe un autre élément de preuve établissant une intoxication du prévenu équivalant peut-être à un affaiblissement de ses facultés, les résultats des tests de performance physique subis par ce dernier peuvent corroborer les faits observés sur lesquels porte le témoignage d'opinion, de sorte que ce témoignage a de meilleures chances d'être admis en preuve par le juge du fond. Ainsi, dans l'affaire *R.* v. *McKenzie*[202], même si la Cour a reconnu [TRADUCTION] «[qu']il ne paraît pas y avoir un seul test, ni une seule observation de l'affaiblissement des facultés qui est péremptoire en soi[203]», elle a néanmoins affirmé:

[TRADUCTION]
Si, après avoir subi une série d'épreuves et d'observations, le prévenu semble être dans un état qui, manifestement, est anormal, il serait juste de conclure qu'il est en état d'ébriété, que ses facultés sont diminuées et que, par voie de conséquence, sa capacité de conduire est affaiblie[204].

Dans l'affaire *Hurley* v. *Taylor*[205], on a également jugé que l'inaptitude du prévenu à subir certaines épreuves, combinée à d'autres éléments de preuve [TRADUCTION] «justifie amplement» sa condamnation pour conduite en état de facultés affaiblies.

E. Les aveux

L'application de certaines méthodes d'investigation scientifiques peut conduire à l'obtention d'un aveu admissible en preuve si notamment celui-ci a été obtenu conformément à la règle du caractère volontaire.

L'examen psychiatrique constitue probablement la méthode d'investigation scientifique qui permet le plus souvent d'obtenir des déclarations incriminantes des suspects et des prévenus. L'admissibilité en preuve d'un aveu obtenu par l'application de cette méthode peut dépendre notamment, selon les circonstances, du respect de la règle du «caractère volontaire» des déclarations. Il s'agit bien entendu de la règle classique formulée pour la première fois par lord Sumner dans l'affaire *Ibrahim* v. *The King*[206]:

> [TRADUCTION]
> Aucune déclaration du prévenu n'est admissible en preuve contre lui à moins que le poursuivant ne démontre qu'elle a été faite volontairement, c'est-à-dire qu'elle n'a pas été obtenue dans l'espoir d'un avantage ou par crainte d'un préjudice suscités par une personne en situation d'autorité.

Comme l'application de ce critère dépend de la qualité du psychiatre, à savoir s'il était, au moment de la déclaration, une «personne en situation d'autorité», cette question a été soulevée dans de nombreux arrêts publiés[207].

Même dans les cas où l'on peut qualifier le psychiatre qui fait une consultation clinique de «personne en situation d'autorité», il est très rare que ce dernier en profite pour susciter chez l'accusé «la crainte d'un préjudice ou l'espoir d'un avantage» en vue d'obtenir des renseignements. Quoi qu'il en soit, il semble que cela se produit de temps à autre. Dans l'affaire *People* v. *Leyra*[208], décision rendue aux États-Unis, la Cour a blâmé un psychiatre entre autres parce qu'il

[TRADUCTION]
s'est lui-même qualifié de médecin du prévenu, il a abusé des craintes et des espoirs naturels du prévenu, il a appuyé ses mains sur la tête du prévenu en lui donnant des ordres et il lui a fait un lavage de cerveau en lui posant obstinément et continuellement des questions; en outre, il a informé le prévenu qu'il n'avait aucune responsabilité morale, il lui a trompeusement offert son amitié et fait de nombreuses promesses, à la fois expressément et implicitement, et il lui a donné des garanties dans une atmosphère de pseudo-confidentialité entre le médecin et son patient ...

Toutefois, il arrive plus souvent que les déclarations incriminantes (lorsqu'elles ne sont pas spontanées) sont obtenues par l'application de procédés d'investigation psychiatrique comme l'hypnose et la narco-analyse. Dans ces cas (et si le psychiatre est une «personne en situation d'autorité»), il ressort du jugement rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Horvath* c. *La Reine*[209] que ces déclarations seraient sans doute jugées irrecevables parce qu'elles ont été obtenues irrégulièrement. Dans l'affaire *Horvath*, on a étendu l'application de la soi-disant règle du caractère volontaire (ou, à proprement parler, on a reconnu que la règle énoncée dans l'affaire *Ibrahim* n'était pas définitive) de manière à interdire la production en preuve de déclarations incriminantes obtenues du prévenu lorsque ce dernier était, sans son consentement, sous l'effet de l'hypnose provoquée par une personne en situation d'autorité (en l'occurrence, un agent de la G.R.C.). D'après l'opinion incidente du juge Beetz, les déclarations obtenues au moyen de l'hypnotisme avec le consentement du prévenu, ou même au moyen de la narco-analyse avec le consentement du prévenu, seraient sans doute également jugées irrecevables[210].

D'une façon générale, si l'on applique la règle du caractère volontaire, l'aveu fait à un psychiatre qui n'est pas une «personne en situation d'autorité» est habituellement admissible comme preuve de la véracité de son contenu sans qu'il soit nécessaire de prouver le caractère volontaire suivant le critère de l'arrêt *Ibrahim*. Toutefois, on peut s'attendre à ce que le tribunal juge inacceptable et qu'il exclue l'aveu fait par une personne sous l'effet de l'hypnose ou de la narco-analyse[211]. Dans l'affaire *R.* v. *Booher*[212], la Cour suprême de l'Alberta a jugé irrecevable un aveu qui avait peut-être été fait par le prévenu pendant qu'il était sous l'effet de l'hypnose. Par ailleurs, il ne semble pas y avoir d'arrêt publié au

Canada qui traite directement la question de la fiabilité de la narco-analyse mais, d'une façon générale, dans les milieux scientifiques, on estime que cette méthode est un [TRADUCTION] «test de vérité auquel on ne peut se fier[213]». En outre, les recherches empiriques semblent avoir démontré que certaines personnes sont capables de mentir même lorsqu'elles sont sous l'effet des «sérums de vérité[214]». Comme la narco-analyse est loin de faire l'unanimité dans les milieux scientifiques, la plupart des tribunaux américains refusent d'admettre en preuve des déclarations obtenues par l'application de cette méthode[215].

L'un des principes fondamentaux concernant la recevabilité des aveux, et qui dépasse peut-être la règle du caractère volontaire, est celui qui a été énoncé par le juge en chef McRuer de la Haute Cour de l'Ontario, dans la désormais célèbre affaire *R.* v. *St. Lawrence*[216] où il était question de la recevabilité de déclarations confirmées subséquemment par la découverte d'éléments de preuve matériels[217]. Ce principe a été adopté par la suite par les tribunaux canadiens dans de nombreuses affaires[218], plus particulièrement par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R.* c. *Wray*[219]. Toutefois, il est difficile de déterminer dans quelle mesure les dispositions pertinentes de la *Charte* (voir ci-dessous) ont pu modifier ce principe.

F. L'utilisation des déclarations incriminantes

L'application de certaines méthodes d'investigation scientifiques peut amener une déclaration incriminante qui, bien qu'elle soit inadmissible comme preuve de la véracité de son contenu, peut être admissible comme fondement de l'opinion d'un expert.

Il s'agit d'une situation qui se présente parfois dans le cas des examens psychiatriques ou psychologiques des prévenus. Ainsi, lorsqu'un psychiatre traitant ou psychologue clinicien obtient une déclaration incriminante dans des circonstances qui ne satisfont pas à la règle du caractère volontaire, cette déclaration peut néanmoins être répétée par le médecin, ou ce dernier peut y faire allusion lors de son témoignage, pourvu que cette déclaration serve de base à son témoignage d'opinion. Dans ce cas, la recevabilité de cette narration est fondée sur le fait qu'elle ne va pas à l'encontre de la

règle de l'interdiction du ouï-dire, étant donné que dans de telles circonstances, elle ne vise pas à prouver la véracité du contenu de la déclaration du prévenu[220]. Comme l'a observé le juge Ritchie dans l'affaire *Phillion* c. *R.*[221]:

> Les déclarations faites à des psychiatres et à des psychologues sont parfois jugées recevables dans les affaires criminelles et, dans ce cas, c'est parce que ces experts dans le diagnostic du comportement humain se sont fondés sur elles pour émettre une opinion tenue pour pertinente par le juge de première instance; toutefois, les déclarations sur lesquelles ces opinions se fondent sont irrecevables comme preuve, de leur propre véracité et constituent seulement le fondement de l'opinion médicale formée suivant les règles professionnelles reconnues.

Dans l'affaire *Perras* c. *La Reine*[222], la Cour suprême du Canada a décidé, dans un jugement majoritaire, qu'un voir-dire n'était pas nécessaire pour déterminer le caractère volontaire des déclarations incriminantes faites à un expert, en l'occurrence un psychiatre qui était, à l'époque en cause, une «personne en autorité» et ce, même si ces déclarations risquaient d'être révélées au jury lors du contre-interrogatoire. Toutefois, dans une opinion dissidente (à laquelle le juge Laskin s'est rallié), le juge Spence a qualifié d'illusoire la pratique qui consiste à admettre en preuve un aveu dans le seul but d'établir le fondement de l'opinion de l'expert et, en même temps, à demander au jury de ne pas tenir compte de cet aveu lorsqu'ils auront à déterminer la véracité de son contenu[223].

G. Les renseignements utiles

L'application de certaines méthodes d'investigation scientifiques peut permettre d'obtenir des renseignements relatifs à la localisation d'éléments de preuve matériels qui tendent à relier le suspect ou le prévenu à l'infraction.

Le meilleur exemple est probablement l'application de procédés comme la narco-analyse et l'hypnose. Dans l'affaire *R.* v. *Booher*[224], on se serait servi de l'hypnose pour tenter de localiser un fusil du même calibre que celui qui a été utilisé pour commettre le meurtre dont le prévenu était inculpé.

Il ressort de l'affaire *R.* c. *Wray*[225] que, d'une façon générale, le fait que le prévenu a révélé à la police l'existence d'un élément

de preuve matériel, de même que l'élément de preuve ainsi obtenu, sont recevables en preuve et ce, peu importe la façon dont la police a obtenu la collaboration du prévenu. En outre, cette preuve ne peut être écartée par le juge que dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, s'il estime que la force probante de cette preuve est «insignifiante» eu égard à l'effet préjudiciable que pourrait avoir, sur l'accusé, une telle preuve. On peut supposer que l'article 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés*[226] a modifié la règle énoncée dans l'affaire *Wray* en diminuant sensiblement son importance. Le paragraphe (1) de cet article prévoit ce qui suit:

> Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

Le paragraphe (2) du même article prévoit expressément une sanction:

> Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Nous reviendrons sur l'article 24 de la *Charte* dans la Partie IV.

H. Les opinions d'experts sur les dispositions et l'identification du prévenu

L'application de certaines méthodes d'investigation scientifiques peut donner lieu à la production d'opinions d'experts qui tendent à relier le suspect ou le prévenu à une infraction qui a nécessairement été perpétrée par un type de personne en particulier.

Hormis les cas d'analyse et de comparaison «d'indices physiques» comme ceux que nous avons décrits ci-dessus dans la Partie A, il y a des situations où certains experts fournissent une opinion basée sur d'autres types de méthodes d'investigation scientifiques qui concernent l'identité de l'auteur de l'infraction et le lien entre le prévenu et la perpétration de l'infraction. Le

meilleur exemple est le recours au témoignage de psychiatres ou de psychologues afin de prouver, à partir des résultats d'examens qu'ils ont fait subir au prévenu, une propension particulière à commettre le type d'infraction qu'on lui reproche. Toutefois, ce type de preuve, qu'on qualifie de preuve de «disposition» ne peut être produit que dans des circonstances spécifiques. D'une façon générale, la preuve du caractère de l'accusé se limite à la preuve de sa réputation[227]. Le seul fait que le prévenu ait mis en cause son caractère ne donne pas le droit au poursuivant de mettre en preuve des résultats d'examens psychiatriques ou psychologiques pour démontrer les dispositions du prévenu. Cependant, lorsque les caractéristiques spécifiques de l'infraction en question constituent [TRADUCTION] «l'empreinte d'une catégorie spéciale et extraordinaire de criminels ...[228]», on admet toute preuve qui sert à déterminer si le prévenu fait partie de cette catégorie[229]. Comme l'a affirmé la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *R.* v. *Glynn*[230],

> [TRADUCTION]
> lorsqu'il est prouvé que la mort n'a pu avoir été causée que par un gaucher, il est clair que la preuve que le prévenu est gaucher est recevable quant à l'identité de l'auteur de l'infraction. De même, en l'espèce, si la mort a sans doute été causée par un homosexuel ayant certaines particularités physiques, il est permis de prouver que le prévenu est un homosexuel qui possède les mêmes particularités physiques.

Ainsi, lorsque les traits caractéristiques d'une catégorie anormale en particulier relèvent de l'expertise psychiatrique ou psychologique, l'opinion de l'expert est admissible en preuve en ce qui a trait à la disposition du prévenu[231].

Contrairement à certaines méthodes scientifiques traitées ci-dessus, l'exactitude sur le plan scientifique et la justesse du diagnostic psychiatrique ne semblent pas être fondées sur des données empiriques très solides. Ziskin affirmait en 1981 au sujet de la fiabilité des diagnostics: [TRADUCTION] «Les résultats des recherches les plus connues démontrent qu'en moyenne, on ne peut s'attendre à ce que deux psychiatres soient du même avis dans plus de 60 pour cent des cas environ[232]». En ce qui concerne la justesse des diagnostics, soit la probabilité statistique qu'un premier diagnostic prononcé par un psychiatre soit confirmé lors d'un examen subséquent, Ziskin affirme: [TRADUCTION] «De nombreux auteurs considèrent que l'examen et le diagnostic des psychiatres et des psychologues sont peu précis[233]».

On peut également mettre en doute la fiabilité et l'exactitude des tests psychologiques sur lesquels porte l'opinion de l'expert. Comme le souligne un observateur,

> [TRADUCTION]
> [u]ne critique fondamentale que l'on peut formuler à l'encontre des tests psychologiques et des méthodes employées en psychologie clinique est que leur exactitude peut dépendre de la méthode appliquée pour analyser les données qui en résultent. Le choix de la méthode d'évaluation peut modifier sensiblement la précision et l'objectivité des résultats. D'autres critiques des tests et des méthodes psychologiques portent sur un ou plusieurs des aspects suivants: (1) le manque d'uniformisation, (2) le manque de précision ou l'insuffisance des données relatives à la précision et (3) le manque de justesse ou l'insuffisance des données relatives à la justesse[234].

I. Les opinions d'experts qui servent à réfuter les moyens de défense

L'utilisation de certaines méthodes d'investigation scientifiques peut donner lieu à la production d'opinions d'experts qui ne sont pas nécessairement fondées sur l'analyse et la comparaison d'éléments de preuve matériels et qui peuvent être préjudiciables à l'accusé qui voudrait se prévaloir de certains moyens de défense.

L'examen psychiatrique et l'examen psychologique illustrent très bien le type de méthode d'investigation scientifique qui nous préoccupe. Lorsque le prévenu invoque un moyen de défense comme l'aliénation mentale, l'automatisme, l'intoxication, l'absence de *mens rea* en raison d'un trouble mental (à l'exclusion de l'intoxication) autre que l'aliénation mentale ou l'automatisme, l'infanticide ou la provocation, ce moyen de défense se heurte souvent à un élément de preuve d'ordre psychiatrique ou psychologique produit par le poursuivant qui s'oppose ou qui est moins favorable à la thèse du prévenu que l'avis psychiatrique ou psychologique produit en preuve par la défense.

Les méthodes spécifiques qu'emploient les psychiatres ou les psychologues dans le cadre de leurs examens (c'est-à-dire les méthodes d'investigation scientifiques servant à l'application des méthodes dont nous traitons) comme l'hypnose, la narco-analyse, les tests d'intelligence, les questionnaires de comportement, les

tests projectifs de personnalité, etc., peuvent être particulièrement efficaces pour déterminer si le prévenu pourrait invoquer par ailleurs un état mental particulier pour fonder un moyen de défense. L'utilisation de la narco-analyse pour contredire un moyen de défense fondé sur l'automatisme psychomoteur est un très bon exemple. Cela peut se produire lorsqu'un prévenu qui invoque ce moyen de défense prétend (comme c'est souvent le cas) qu'il ne se souvient pas des circonstances de l'infraction qu'on lui reproche[235]. Dans l'affaire *R.* c. *Perras*[236], le psychiatre a administré du thiopental sodique au prévenu inculpé de meurtre pour vérifier si ce dernier était atteint d'amnésie organique, hystérique ou simulée et ce, afin de déterminer si, au moment de l'infraction, ce dernier était bien en état d'automatisme en raison de l'absorption d'alcool[237]. En l'espèce, la narco-analyse a été utilisée par un psychiatre dont les services avaient été retenus par la défense, et les résultats ont été produits en preuve au soutien de la thèse du prévenu, mais cette méthode aurait très bien pu être appliquée par un psychiatre cité par le ministère public pour réfuter ce moyen de défense.

Les examens physiques que l'on fait subir au prévenu afin de permettre au psychiatre de prononcer un diagnostic (par exemple, les analyses de sang, les radiographies, les E.E.G., les encéphalographies gazeuses, l'analyse des urines, etc.) peuvent également influencer l'opinion du psychiatre quant à l'existence de troubles divers qui, autrement, auraient pu étayer l'un des moyens de défense susmentionnés, soit pour absoudre le prévenu, soit pour diminuer la gravité du chef d'accusation.

Il convient de noter ici qu'il n'est pas nécessaire d'exclure de la preuve les résultats des méthodes d'investigation scientifiques du fait que toutes ces méthodes, ou une partie de celles-ci, ont été appliquées par le corps médical et que le prévenu invoque le «secret professionnel». Il ne semble pas y avoir de secret professionnel entre le médecin et son patient en common law[238], quoique ce type de secret soit prévu par la loi dans certaines provinces. Les résultats d'examens psychologiques[239] ou psychiatriques[240] ne devraient pas, normalement, être exclus de la preuve en raison du secret professionnel[241]. Ce principe a été souligné clairement dans l'affaire *R.* v. *Burgess*[242]. Dans cette affaire, la Cour a admis en preuve certaines déclarations incriminantes faites à un psychiatre à qui la G.R.C. avait demandé [TRADUCTION] «d'obtenir des renseignements» d'un prévenu sous

garde contre qui elle n'avait pas suffisamment d'éléments de preuve. Soulignons que l'article 165 du Projet de loi S-33 (*Loi fédérale sur la preuve*)[243] reconnaît l'existence d'un droit limité au secret relativement aux déclarations faites «à un médecin qualifié dans le cadre d'un examen psychiatrique ordonné par le tribunal ...».

J. Les opinions d'experts préjudiciables à la crédibilité de l'accusé

L'utilisation de certaines méthodes d'investigation scientifiques peut entraîner la production d'opinions d'experts préjudiciables à la crédibilité de l'accusé en tant que témoin.

Encore une fois, la preuve psychiatrique constitue le meilleur exemple. D'après la décision rendue dans l'affaire *R.* v. *Eades*[244], lorsqu'un prévenu décide de témoigner, sa crédibilité peut être attaquée de la même manière que la crédibilité de tout autre témoin. Voici comment la Chambre des lords, dans l'affaire *Toohey* v. *Metropolitan Police Commissioner*[245], a décrit la force probante de la preuve psychiatrique en ce qui concerne la crédibilité: [TRADUCTION] «Une preuve médicale est recevable pour établir qu'un témoin souffre de troubles ou d'anomalies psychiques qui réduisent la crédibilité de son témoignage[246]». Le tribunal ajouta: [TRADUCTION] «Cette preuve n'est pas limitée à une opinion générale portant que le témoin n'est pas digne de foi; en effet, elle peut comporter tous les éléments qui sont nécessaires pour établir non seulement le fondement et les motifs de ce diagnostic mais aussi dans quelle mesure la crédibilité de ce témoignage est diminuée[247]». Dans leur expertise concernant la crédibilité des témoins, les psychiatres ont fondé leurs opinions (et ont été autorisés à en divulguer les motifs au juge des faits) sur des examens psychiatriques courants ainsi que sur les résultats de méthodes d'investigation comme la narco-analyse[248] et le test polygraphique (détecteur de mensonge)[249].

Le droit est assez clair en ce qui a trait au témoignage de l'expert portant sur la crédibilité du prévenu lorsque ce témoignage est basé exclusivement sur les résultats de tests polygraphiques. Dans l'affaire *R.* c. *Phillion*[250], la Cour suprême de l'Ontario a jugé que la déposition du polygraphiste ne répondait pas aux critères de

recevabilité des témoignages des experts même si elle a reconnu [TRADUCTION] «[qu']il ne pouvait y avoir ... de toute façon, d'examinateur plus compétent ...». Il semble toutefois que la principale objection de la Cour ait visé le test polygraphique lui-même, qui à son avis n'avait pas encore atteint un niveau de précision tel que l'on ait pu qualifier le polygraphiste «d'expert»[251].

Dans l'affaire *R.* v. *Wong (No. 2)*[252], la Cour suprême de la Colombie-Britannique a exprimé son désaccord avec la décision rendue par la Cour suprême de l'Ontario dans l'affaire *Phillion* et jugé que le test polygraphique était une méthode suffisamment précise sur le plan scientifique pour admettre en preuve, à titre de témoignage d'expert, une opinion fondée sur l'application de cette méthode. Toutefois, cette décision a été infirmée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Phillion*[253], où la Cour a souscrit à l'opinion du juge Van Camp. Au nom de la majorité, le juge Ritchie était d'avis que malgré l'expérience du polygraphiste expert, ce dernier «ne disposait pas des moyens nécessaires et n'était pas qualifié pour donner une opinion assurée sur la propension de la personne interrogée à dire ou non la vérité[254]». Se basant sur cette décision, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, qui a été appelée à se prononcer dans l'affaire *R.* v. *Wong (No. 2)*[255], a jugé que [TRADUCTION] «le témoignage d'expert relativement aux tests polygraphiques n'aurait pas dû être admis en preuve».

Ce qu'il est intéressant de noter dans l'affaire *Phillion*, ce n'est pas autant le fait d'avoir exclu l'opinion du polygraphiste expert sur la question de la véracité des déclarations du sujet que celui d'avoir admis en preuve l'opinion du psychiatre relativement à cette même question. En jugeant que les psychiatres pouvaient donner leur avis sur la crédibilité du prévenu en se basant notamment sur leurs consultations cliniques, sur les tests psychologiques *de même que sur les résultats des tests polygraphiques*, les tribunaux ont reconnu implicitement que la précision et la rigueur scientifiques des méthodes appliquées en psychiatrie étaient supérieures à celles de la polygraphie. Il est sans doute bon de souligner que l'exclusion, en l'espèce, du témoignage du polygraphiste tenait à la crainte du juge Van Camp qu'un jury [TRADUCTION] «ne soit tenté, en raison de la complexité technique de cette preuve, d'admettre aveuglément en preuve l'opinion du témoin[256]», mais cette crainte devient sinon plus, du moins autant légitime lorsque des membres d'une profession prestigieuse comme la

psychiatrie viennent témoigner. Comme l'a fait remarquer le juge Spence (opinion à laquelle s'est rallié le juge en chef Laskin) dans l'affaire *Phillion*, le fait de permettre à un psychiatre de produire, au soutien de son témoignage, des résultats d'un test polygraphique, a eu pour effet de présenter au jury une conclusion «d'une façon beaucoup plus persuasive qu'elle ne l'aurait été, à mon avis, si elle avait été présentée par un témoin ne possédant aucune formation médicale[257]».

La preuve psychiatrique est-elle manifestement plus fiable et plus précise sur le plan scientifique que la preuve obtenue au moyen d'un polygraphe? Cette question mérite notre attention. Voici le raisonnement de Ziskin:

> [TRADUCTION]
> Il s'ensuit que ... si les motifs du rejet de la preuve obtenue au moyen d'un détecteur de mensonges s'appliquent également à la preuve psychiatrique, et qu'il n'existe aucune preuve établissant que les psychiatres ... sont plus compétents que les polygraphistes experts, la preuve offerte par les psychiatres doit également être rejetée[258].

K. Les éléments de preuve matériels qui servent à réfuter les moyens de défense

Certaines méthodes d'investigation scientifiques permettent d'obtenir des éléments de preuve matériels qui peuvent servir à réfuter un moyen de défense dont l'accusé pourrait se prévaloir.

Lorsque, par exemple, un prévenu a subi un test d'ivressomètre ou lorsqu'on a prélevé sur lui et analysé des échantillons de sang ou d'urine peu de temps après la perpétration de l'infraction qu'on lui reproche, un taux bas (ou l'absence) de substances toxiques dans le sang pourrait facilement faire obstacle à un moyen de défense fondé sur l'intoxication que pourrait invoquer l'accusé au procès. C'est le raisonnement qui a été adopté par la police dans l'affaire *R.* v. *Gowland*[259]. Dans cette affaire, on a demandé à l'accusé, que l'on a plus tard inculpé de meurtre, de se soumettre à un test d'ivressomètre après son arrestation pour avoir causé des lésions corporelles en exerçant des voies de fait contre sa victime. Toutefois, le prévenu a refusé de se soumettre au test d'ivressomètre et, par la suite, a invoqué la défense d'ivresse.

IV.

Le droit applicable aux méthodes d'investigation scientifiques

Avant de proposer l'établissement d'un régime légal pour les méthodes d'investigation scientifiques, il convient d'examiner les différentes façons dont notre droit régit actuellement ces méthodes. Dans les parties A, B et C du présent chapitre est résumée la portée actuelle des autorisations et des interdictions relatives à l'utilisation des méthodes d'investigation scientifiques. Il est question également du degré de force utilisé pour contraindre les prévenus à se soumettre à l'application de différentes méthodes. Dans les parties D et E, nous traitons des autres méthodes qui peuvent être employées pour assurer le respect de ces règles dans des situations où le recours à la force n'est pas approprié. Dans son *Report on Bodily Examination and Samples As a Means of Identification*[260], publié en 1978, le comité sur la réforme du droit en Nouvelle-Zélande soulignait:

> [TRADUCTION]
> Il existe un certain nombre de sanctions qui peuvent être établies pour surmonter cette difficulté. Tout d'abord, il pourrait être permis de mentionner ce fait lors de tout procès subséquent subi par le suspect, ou le refus de ce dernier de se soumettre pourrait constituer un outrage au tribunal. Une autre solution serait de créer une infraction distincte pour refus de se soumettre à un ordre.

A. La procédure pénale

(1) Les dispositions législatives

Certaines méthodes d'investigation scientifiques sont prévues par la loi. La plus connue est sans doute le prélèvement

d'échantillons d'haleine en vertu des dispositions du *Code criminel* relatives à l'ivressomètre[261].

Par ailleurs, voici le libellé du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'identification des criminels*[262]:

> Une personne légalement sous garde, qu'elle soit accusée d'un acte criminel, ou qu'elle en ait été reconnue coupable, ou qui a été arrêtée en vertu de la *Loi sur l'extradition* ou de la *Loi sur les criminels fugitifs*, peut être soumise, par ceux qui en ont la garde ou en vertu de leurs ordres, aux mensurations, procédés et opérations exécutés d'après la méthode d'identification des criminels appelée communément bertillonnage, ou à des mensurations, procédés ou opérations qui ont le même objet et que le gouverneur en conseil a approuvés[263].

En outre, le décret portant le numéro C.P. 1954-1109 prévoit ce qui suit: «Aux fins de la *Loi sur l'identification des criminels*, les mensurations, procédés ou opérations de dactyloscopie et de photographie sont approuvés par les présentes[264]».

Notons qu'en vertu de l'article 2 de la *Loi*, la police ne peut prendre les empreintes digitales d'un suspect ni le photographier sans son consentement à moins que cette personne n'ait été mise en état d'arrestation et inculpée et ce, dans le seul cas où l'infraction en question est un acte criminel. Pour l'application de cet article, les infractions mixtes sont réputées être des actes criminels lorsque la Couronne n'a pas choisi de poursuivre par voie sommaire[265]. Par ailleurs, en vertu du paragraphe 453.3(3) du *Code*, une citation à comparaître, une promesse de comparaître ou un engagement peuvent, lorsqu'il est allégué que le prévenu a commis un acte criminel, enjoindre au prévenu de comparaître au temps et lieu indiqués aux fins de la *Loi sur l'identification des criminels*. Une disposition analogue est insérée au paragraphe 455.5(5) relativement au contenu de la sommation.

L'investigation scientifique sous forme d'examen psychiatrique est autorisée par différentes dispositions du *Code criminel* relativement à certaines personnes qui sont inculpées ou qui ont été reconnues coupables d'actes criminels[266]. D'autres lois et règlements fédéraux renferment des dispositions qui autorisent l'examen psychiatrique et qui, sans doute, permettraient l'examen des prévenus avant leur procès[267]. Lorsqu'un prévenu est renvoyé dans un établissement psychiatrique ou lorsqu'il se voit ordonner de s'y présenter, il faut encore se pencher sur deux questions fondamen-

tales, soit (1) la nature des examens autorisés et (2) la mesure dans laquelle le consentement du prévenu est requis pour que ces examens soient permis par la loi. La réponse à ces deux questions dépend de la loi en vertu de laquelle le juge a rendu son ordonnance. En ce qui concerne la première question, soulignons que le *Code criminel* ne nous éclaire pas du tout. Cependant, d'après les rares opinions judiciaires sur le sujet, il semble, à première vue, que les psychiatres et les psychologues aient le droit d'appliquer les méthodes qu'ils utilisent habituellement dans l'exercice de leur profession. Par exemple, dans l'affaire *Wilband* v. *The Queen*[268], le juge Fauteux (telle était alors sa qualité) a, semble-t-il, approuvé [TRADUCTION] «les examens ... faits en conformité avec les méthodes établies et reconnues en psychiatrie[269]». Sur le deuxième point, le *Code criminel* est également muet. Toutefois, le peu de jurisprudence portant sur cette question semble indiquer que les dispositions du *Code criminel* n'autorisent *pas* le recours à la force en vue de contraindre un prévenu récalcitrant à se soumettre à un examen psychiatrique et qu'en fait, le refus du sujet de s'y soumettre n'entraîne aucune sanction pénale. Commme l'a affirmé le juge Zuber de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *R.* v. *Sweeny (No. 2)*[270], [TRADUCTION] «la loi n'oblige pas l'accusé à parler». Dans l'affaire *Re Chapelle and The Queen*[271], le juge Craig de la Haute Cour de l'Ontario a déclaré: [TRADUCTION] «Le renvoi d'un prévenu pour observation dans un établissement psychiatrique pendant une période de trente jours est une affaire sérieuse ...[272]». Il a ajouté: [TRADUCTION] «Lorsqu'il est renvoyé pour observation, il peut fort bien refuser d'adresser la parole à qui que ce soit dans l'établissement psychiatrique ...[273]». D'après le savant juge, la seule sanction pénale que pourrait entraîner ce refus de parler est la conclusion défavorable que la cour pourrait tirer de ce fait[274].

(2) Le common law

En l'absence de dispositions législatives, c'est dans le common law que l'on peut trouver l'autorité sur laquelle on peut se fonder pour appliquer certaines méthodes d'investigation scientifiques. On peut se demander, par exemple, si certaines méthodes d'investigation seraient permises dans le cadre de l'examen du prévenu effectué à la demande des policiers qui exercent leurs pouvoirs de perquisition en vertu du common law[275]. Selon le comité néo-zélandais sur la réforme du droit pénal,

[TRADUCTION]
[e]n ce qui a trait au prélèvement d'échantillons corporels, il n'existe en common law aucun pouvoir en vertu duquel on peut contraindre un suspect qui n'a pas encore été mis en état d'arrestation ou une personne qui a été appréhendée et mise sous garde, à fournir un échantillon de sang, de poils et de cheveux, de salive ou d'autres substances corporelles. Tout emploi de la force physique par les policiers ou par les médecins à la demande des policiers en vue d'obtenir un échantillon constitue un exercice de voies de fait[276].

De plus, cette position nous paraît conforme à celle qui a été adoptée par les tribunaux canadiens relativement au prélèvement de substances corporelles[277]. Dans l'arrêt *R.* v. *Fréchette*[278], une affaire concernant des analyses du sang et l'examen médical d'une personne accusée de conduite dangereuse, un tribunal québécois de première instance a jugé qu'en l'absence d'autorisation expresse dans la loi, l'examen médical du prévenu sans son consentement n'était pas admissible[279]. L'appel qui a ensuite été interjeté de cette décision fut rejeté par la Cour du Banc du Roi (Division d'appel) mais les motifs du rejet n'ont pas été publiés[280]. La jurisprudence (par exemple, l'arrêt *R.* v. *Burns*[281]) a, par la suite, reconnu implicitement l'illégalité en common law des prélèvements d'échantillons sans le consentement de l'accusé mais, selon un auteur, [TRADUCTION] «[o]n peut se demander pourquoi, dans le cas des analyses de sang, les tribunaux considèrent que ‹ la personne de l'accusé est inviolable ›[282]», étant donné [TRADUCTION] «qu'il semble que la loi, par exemple, n'accorde à cette personne aucune garantie de cette nature sous d'autres rapports[283]».

Comme le fait observer A. E. Popple dans ses commentaires sur l'arrêt *R.* v. *Moore*[284], [TRADUCTION] «[i]l semble qu'il subsiste un doute sur la question de savoir si l'on peut, en l'absence d'autorisation expresse dans la loi, contraindre l'accusé à se soumettre à un examen physique dans le but d'obtenir des éléments de preuve établissant sa culpabilité ...». Cependant, d'après les arrêts *R.* v. *Shaw*[285], *R.* v. *Moore* (précité) et le jugement rendu antérieurement dans l'affaire *R.* v. *Ross*[286], on ne peut émettre un tel doute en ce qui concerne la participation active du prévenu, à la demande des policiers, à divers tests de performance physique (pour évaluer, par exemple, son état d'ébriété). Certes, la loi ne l'oblige pas à coopérer pleinement et elle ne prévoit aucune méthode (comportant la contrainte physique ou des sanctions pénales) obligeant le prévenu à coopérer[287]. Toutefois, lorsqu'on ne

lui demande que de s'y soumettre passivement, la situation juridique devient moins claire[288].

Dans l'affaire *Marcoux et Solomon* c. *La Reine*[289], la Cour suprême du Canada a étudié notamment l'étendue du droit de la police, en vertu du common law, d'obliger un prévenu à prendre part à une parade d'identification. Rendant le jugement de la Cour, le juge Dickson a déclaré: «... l'emploi de la force pour contraindre un prévenu ou un suspect à participer à une parade d'identification peut soulever une question quant aux limites des pouvoirs de la police à l'égard des personnes détenues[290]». Il a cependant ajouté: «À cette fin, l'exercice d'une contrainte raisonnable est à mon avis accessoire au pouvoir de la police de faire enquête et d'effectuer des arrestations, et elle n'est pas plus susceptible de soulever des objections que le fait d'obliger un prévenu à se montrer pour qu'un témoin de la poursuite puisse l'observer au cours d'un procès[291]». Le juge a ensuite cité un passage d'un jugement de la Cour d'appel d'Angleterre dans *Dallison* v. *Caffery*[292], où lord Denning a déclaré:

> Lorsqu'un agent de la paix a appréhendé une personne raisonnablement suspecte d'un crime, il peut faire ce qui est raisonnable pour procéder à l'enquête et pour voir si les soupçons sont confirmés ou non par d'autres éléments de preuve ... L'agent de la paix peut faire participer le suspect à une parade d'identification pour voir s'il sera désigné par des témoins. Dans la mesure où de tels moyens sont employés de façon raisonnable, ils constituent un auxiliaire important à l'administration de la justice ...[293]

Le juge Dickson a cependant souligné que la question de l'étendue du droit de la police d'obliger un suspect à prendre part à une parade d'identification a très peu d'importance en pratique, car «faire participer de force à la parade d'identification un suspect réticent pourrait tourner la procédure en dérision[294]». Comme le professeur Glanville Williams le fait remarquer,

> [TRADUCTION]
> ... si le suspect s'y oppose, la police le fera simplement «identifier» en le montrant au témoin et en demandant à ce dernier si le prévenu est l'homme en question. Comme cette pratique est évidemment beaucoup plus dangereuse pour le prévenu que celle de participer à une parade d'identification, celui-ci acceptera presque toujours cette dernière[295].

La dactyloscopie est-elle permise en common law? Cette question a été soulevée dans un certain nombre d'arrêts.

Dans *R.* v. *A. N.*[296], par exemple, on a soulevé la question de la recevabilité en preuve des empreintes digitales au cours du procès, devant un tribunal de la famille, d'un mineur inculpé d'introduction par effraction dans une maison d'habitation, un délit en vertu de la *Loi sur les jeunes délinquants*[297]. Dans cette affaire, l'accusé ne s'était pas opposé à la prise d'empreintes digitales, mais on n'était pas certain si, à ce moment précis, il était «sous garde» ni dans quelle mesure il avait effectivement «accepté» de se soumettre à cette procédure. Estimant que les dispositions de la *Loi sur l'identification des criminels*[298] ne pouvaient s'appliquer en l'espèce étant donné que le prévenu n'était pas «accusé d'un acte criminel» et qu'il ne faisait pas partie des autres catégories de personnes mentionnées au paragraphe 2(1) de la Loi, le juge Murphy de la Cour provinciale a décidé que s'il était permis de prendre les empreintes digitales de mineurs, c'est dans le common law qu'il fallait trouver cette autorisation. Se référant aux arrêts *R.* v. *Buckingham and Vickers*[299], *Adair* v. *M'Garry*, *Byrne* v. *H. M. Advocate*[300] et *R.* v. *Hayward*[301], le juge a ajouté: [TRADUCTION] «lorsque la [*Loi sur l'identification des criminels*] ne s'applique pas ... la prise d'empreintes digitales relève du common law[302]». Selon elle, bien que la *Loi sur l'identification des criminels* autorise, à cette fin, l'emploi de la force, [TRADUCTION] «le common law interdit l'usage de la force ... et les empreintes digitales du prévenu ne peuvent être prélevées que si ce dernier y consent[303]». De plus, à tout le moins en ce qui concerne les mineurs, le critère pour déterminer s'il y a eu consentement ou non est le même que dans le cas de l'obtention des déclarations des mineurs[304]. Enfin, le juge a souligné qu'en dépit des décisions de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R.* c. *Wray*[305] et dans l'affaire *Hogan* c. *La Reine*[306], lorsque les empreintes digitales d'un mineur ont été obtenues illégalement, le tribunal a le pouvoir discrétionnaire d'exclure leur dépôt en preuve lors du procès et ce, peu importe leur force probante[307]. Par conséquent, le juge a décidé que la preuve des empreintes digitales était, dans ce cas, irrecevable.

La Couronne interjeta appel de cette décision devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique[308]. Selon le juge Bouck: (1) le consentement du sujet, même celui d'un mineur, n'est pas nécessaire en vertu du common law, pourvu que le sujet soit sous garde légale et, par voie de conséquence, la police a le droit d'employer la force qui est nécessaire[309]; (2) la prise d'empreintes digitales d'une personne qui s'y soumet volontairement est légale et ce, peu importe son âge[310]; et (3) même si le prévenu d'âge

mineur aurait dû être sous garde légale avant la prise d'empreintes digitales, la preuve était néanmoins recevable en raison des principes énoncés dans les affaires *Wray* et *Hogan*[311].

L'appel interjeté par le prévenu devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique[312] fut rejeté en raison de l'application, à l'unanimité des juges de cette Cour, de la règle des arrêts *Wray* et *Hogan*. Les juges Carrothers et Hinkson n'ont pas cru nécessaire de statuer sur la question de l'existence, en common law, d'un droit de la police de prendre les empreintes digitales d'une personne, mais le juge Branca a souligné avec insistance qu'un tel droit n'existait pas[313]. Il était d'avis que la décision rendue en Colombie-Britannique dans l'affaire *R.* v. *Buckingham and Vickers*[314] était erronée car elle s'appuyait sur l'affaire *Adair* pour affirmer que l'autorisation en vertu du common law existe[315]. Le juge a cité également l'affaire *Re Danilhik (Stone)*[316], où le juge en chef Robson de la Cour du Banc du Roi du Manitoba a simplement déclaré: [TRADUCTION] «Il n'existait aucun pouvoir de contraindre le prévenu à se soumettre à la prise d'empreintes digitales, étant donné qu'il n'était pas assujetti à la *Loi sur l'identification des criminels* ...[317]».

Dans un jugement prononcé ultérieurement dans l'affaire *R.* v. *D. G.*[318], la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard a expressément rejeté la règle de l'arrêt *R.* v. *A. N.* Le juge de première instance était d'avis qu'il n'était pas nécessaire, dans cette affaire, d'étudier la question de l'autorisation, en vertu du common law, de procéder à la prise d'empreintes digitales puisque les dispositions de la *Loi sur l'identification des criminels* s'appliquent aux personnes mineures. D'après le juge, lorsqu'un mineur est inculpé de délit en raison de la perpétration d'un acte criminel, il est, en fait, «accusé d'un acte criminel» au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'identification des criminels* et il est permis de prendre à son égard les mesures prévues dans cette disposition avec ou sans son consentement. Cependant, en appel, cette décision fut infirmée par le juge McQuaid qui a déclaré:

> [TRADUCTION]
> Une infraction au *Code criminel* qui constitue un «acte criminel» lorsqu'elle est perpétrée par un adulte, constitue un «délit» lorsqu'elle est perpétrée par un mineur. Un mineur ne peut être inculpé d'un acte criminel. On ne peut que l'accuser d'avoir commis un délit comme c'est le cas en l'espèce. Si l'infraction est un délit et non un

acte criminel, la *Loi sur l'identification des criminels* ne peut s'appliquer puisque celle-ci prévoit spécifiquement qu'elle ne s'applique qu'aux actes criminels[319].

Dans l'affaire *R.* v. *Jacobsen*[320], une Cour de district de l'Ontario a reconnu que la *Loi sur l'identification des criminels* ne s'appliquait pas aux mineurs accusés en vertu de la *Loi sur les jeunes délinquants* mais que la police avait néanmoins le droit, en vertu du common law, de prendre les empreintes digitales d'un prévenu avec ou sans son consentement pourvu qu'elle n'emploie que la force nécessaire[321]. Dans une affaire récente, *Brown* v. *Baugh and Williams*[322], la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé un jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans lequel il avait été décidé: (1) qu'il n'existait, en vertu de la *Loi sur l'identification des criminels* aucun pouvoir de prendre des empreintes digitales d'un mineur accusé en vertu de la *Loi sur les jeunes délinquants* d'un délit qui constitue également un acte criminel et (2) que l'emploi de la force, d'une manière raisonnable, pour prendre ses empreintes n'était pas autorisé par le common law. Toutefois, la Cour d'appel n'a exprimé ses motifs que sur le premier point car elle a expressément refusé de faire des commentaires sur le deuxième point.

Comme nous l'avons mentionné précédemment, d'autres tribunaux ont maintes fois décidé qu'il n'existe en common law aucun pouvoir relativement à la prise de photographies des suspects au moment de leur arrestation[323]. Toutefois, comme le fait remarquer la Commission royale sur la procédure pénale en Angleterre, [TRADUCTION] «[i]l faut, en droit, faire la distinction entre la photographie et la dactyloscopie[324]». De plus, elle ajoute:

> [TRADUCTION]
> Alors que la dactyloscopie nécessite presque toujours un contact physique quelconque entre l'agent responsable et la personne visée, ce n'est pas le cas de la photographie. Ainsi, en l'absence d'autorisation expresse dans la loi ou du consentement de la personne visée, la dactyloscopie pourrait constituer un exercice de voies de fait, mais les tribunaux britanniques n'ont jamais considéré la prise de photographies d'un suspect par la police, même sans le consentement de la personne visée ou en l'absence d'une autorisation légale expresse, comme un acte illégal[325].

B. La responsabilité relative à l'application des méthodes d'investigation scientifiques

(1) Les dispositions législatives

Les méthodes d'investigation scientifiques autorisées par la loi sont parfois régies par des dispositions qui permettent le recours à la force. En vertu du paragraphe 2(2) de la *Loi sur l'identification des criminels*, par exemple, «[i]l est permis d'employer la force nécessaire pour effectuer et appliquer utilement ces mensurations, procédés et opérations». Au surplus, en vertu de l'article 3 de cette loi, «[u]n préposé à la garde d'une telle personne, ou quiconque agit comme son aide ou sous ses ordres ... n'encourt aucune responsabilité civile ou criminelle pour tout acte légalement exécuté en vertu de la présente loi».

En ce qui a trait à la responsabilité pénale des agents de la paix et des personnes qui viennent leur prêter main-forte dans l'application des méthodes d'investigation scientifiques, il importe de se rappeler le paragraphe 25(1) du *Code*:

> Quiconque est, par la loi, obligé ou autorisé à faire quoi que ce soit dans l'application ou l'exécution de la loi *a*) à titre de particulier, *b*) à titre d'agent de la paix ou de fonctionnaire public, *c*) pour venir en aide à un agent de la paix ou à un fonctionnaire public, ou *d*) en raison de ses fonctions, est, s'il agit en s'appuyant sur des motifs raisonnables et probables, fondé à accomplir ce qu'il lui est enjoint ou permis de faire et fondé à employer la force nécessaire pour cette fin.

Soulignons cependant qu'en vertu de l'article 26 du *Code*, «[q]uiconque est autorisé par la loi à employer la force est criminellement responsable de tout excès de force, selon la nature et la qualité de l'acte qui constitue l'excès».

En l'absence d'autorisation expresse dans la loi, tant en ce qui concerne la méthode d'investigation en question que l'emploi de la force nécessaire pour l'application de cette méthode, l'administration d'une méthode, quelle qu'elle soit, sans le consentement du sujet *peut* constituer une faute civile donnant matière à procès ou une infraction criminelle[326].

Rendant le jugement de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Marcoux et Solomon* c. *La Reine*[327], le juge Dickson a déclaré: «l'emploi de la force pour contraindre un prévenu ou un suspect à participer à une parade d'identification peut soulever une question quant aux limites des pouvoirs de la police à l'égard des personnes détenues[328]». Le juge a cependant ajouté:

> À cette fin, l'exercice d'une contrainte raisonnable est à mon avis accessoire au pouvoir de la police de faire enquête et d'effectuer des arrestations, et elle n'est pas plus susceptible de soulever des objections que le fait d'obliger un prévenu à se montrer pour qu'un témoin de la poursuite puisse l'observer au cours d'un procès[329].

Il serait intéressant de voir dans quelle mesure l'utilisation de méthodes qui portent davantage atteinte à la vie privée qu'une simple parade d'identification pourrait justifier l'emploi de la force dans les cas où la loi n'autorise pas expressément l'emploi de la force[330].

(2) Les conséquences sur le plan de la preuve

Même lorsque l'application de certaines méthodes d'investigation scientifiques sans le consentement du sujet pourrait constituer un délit (voire même une infraction criminelle), la nature délictuelle ou criminelle de ces actes ne rend pas en soi la preuve des résultats de ces méthodes irrecevable[331]. Au Canada, ce principe a été établi dans de nombreux arrêts concernant l'analyse de sang[332].

Dans l'affaire *Attorney General of Québec* v. *Bégin*[333], le juge Fauteux (auquel se sont ralliés les juges Taschereau et Cartwright) a traité la question de la recevabilité des éléments de preuve obtenus sans le consentement de l'intéressé par l'application d'autres méthodes d'investigation scientifiques. Le juge s'est référé à l'affaire *R.* v. *Voisin*[334], où la Cour d'appel d'Angleterre a admis en preuve un spécimen d'écriture que l'on avait obligé l'accusé à fournir, et a déclaré:

> [TRADUCTION]
> Il existe une différence entre l'admissibilité d'une déclaration et l'admissibilité d'un spécimen d'écriture. Dans certaines circonstances, la vérité ne ressort pas d'une déclaration tandis qu'en ce qui concerne l'écriture, cela ne fait aucune différence qu'elle ait été faite volontairement ou sous la menace[335].

La Cour d'appel ajouta:

> [TRADUCTION]
> L'écriture ne peut être inadmissible en preuve du seul fait que les mots ont été rédigés à la demande des agents de police, ni du seul fait qu'il [le prévenu] était sous garde. Ces faits ne changent pas l'écriture, n'expliquent pas les similitudes entre l'écriture du prévenu et le spécimen et n'expliquent pas les erreurs d'orthographe identiques dans les deux spécimens[336].

Le juge a également cité l'arrêt *R.* v. *Nowell*[337]. Dans cette affaire, la Cour d'appel d'Angleterre avait déclaré admissibles en preuve relativement à l'état d'ébriété du prévenu, les résultats d'un examen médical fait sans le consentement de ce dernier[338].

Dans l'affaire *R.* v. *Martin*[339], la Cour suprême de l'Alberta a jugé que la preuve de la performance du prévenu dans différentes épreuves destinées à évaluer la diminution de ses facultés par l'absorption d'alcool ou de drogues était inadmissible à moins de prouver que le prévenu s'y était soumis volontairement[340]. Ce principe a toutefois été laissé de côté par la Cour des magistrats de la Colombie-Britannique dans l'affaire *R.* v. *Moore*[341], et infirmé par une décision majoritaire de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta[342].

Dans *Hay* v. *H. M. Advocate*[343], on a prélevé les empreintes des dents de vingt-neuf personnes dans le cadre d'une investigation portant sur un homicide où le corps de la victime portait des traces de morsures. Parmi ces personnes, cinq ont accepté de s'y soumettre une seconde fois et l'une d'elles est devenue le principal suspect. Cette dernière ayant refusé de se soumettre à d'autres prélèvements et mensurations, la police a obtenu un mandat l'y obligeant. Le prévenu fut subséquemment condamné pour meurtre. Appel fut interjeté devant la Haute Cour judiciaire de l'Écosse qui confirma la validité de la délivrance du mandat de même que l'admissibilité de la preuve médico-légale obtenue en vertu de ce mandat et ce, en dépit du fait que la loi ne prévoyait pas la délivrance de ce type de mandat. D'après le commentaire sur cet arrêt dans le *Criminal Law Review*, ce jugement consacre [TRADUCTION] «une extension des pouvoirs de la police unique en son genre ...[344]», et constitue [TRADUCTION] «un événement marquant dans le développement de l'odontologie judiciaire ...[345]».

C. La *Charte canadienne des droits et libertés*

Les éléments de preuve obtenus par l'application de méthodes d'investigation scientifiques qui enfreignent les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*[346] peuvent être écartés en vertu de l'article 24 de la *Charte*[347]. En particulier, il faut connaître le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*[348] qui rend inopérantes les dispositions incompatibles avec la *Charte* (sauf si, conformément au paragraphe 33(1), une loi déclare expressément qu'elle s'applique nonobstant l'article 2 ou les articles 7 à 15 de la *Charte*).

Dans le cadre des méthodes d'investigation scientifiques, quatre aspects de la *Charte canadienne des droits et libertés* méritent notre attention particulière, soit (1) la protection contre l'auto-incrimination, (2) la protection de la personne, (3) les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives et (4) les traitements ou peines cruels et inusités.

(1) La protection contre l'auto-incrimination

La première question qu'il faut se poser est la suivante: doit-on considérer l'application d'une méthode d'investigation scientifique, quelle qu'elle soit, comme une atteinte au privilège de ne pas s'incriminer prévu par la loi? Point n'est besoin de s'étendre sur cette question. Les seules dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui traitent spécifiquement la question du soi-disant «privilège contre l'auto-incrimination» sont l'alinéa 11*c*) et l'article 13. En vertu de l'alinéa 11*c*), «[t]out inculpé a le droit ... de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche ...». Par ailleurs, l'article 13 dispose: «Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires». L'alinéa 2*d*) de la *Déclaration canadienne des droits*[349] prévoit notamment, en termes généraux:

> ... à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits* ... nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme ... autorisant une cour, un tribunal, une commis-

> sion, un office, un conseil ou une autre autorité à contraindre une personne à témoigner si on lui refuse ... la protection contre son propre témoignage ...

Cependant, il ressort très clairement de la jurisprudence que la portée de cette disposition n'est pas plus large que celle de l'article 13 de la *Charte*. Les tribunaux ont statué à plusieurs reprises que les procédures d'enquête préalables au procès échappent à l'interdiction prévue dans l'alinéa 2*d*). Par exemple, dans l'affaire *Curr* c. *La Reine*[350], la Cour suprême du Canada s'est penchée notamment sur les dispositions du *Code criminel* relatives à l'ivressomètre (les articles 235 et 237 du *Code* actuel) par rapport à l'alinéa 2*d*) de la *Déclaration*. Rendant jugement au nom de la majorité[351], le juge Laskin (telle était alors sa qualité) a déclaré:

> ... l'extorsion d'un échantillon d'haleine, en l'absence de toute protection pour la personne en question contre l'utilisation de cet échantillon comme preuve contre lui, ne va pas à l'encontre de la garantie relative à son propre témoignage, telle qu'elle est exprimée à l'alinéa *d*) de l'article 2[352].

Et le juge a ajouté:

> [J]e ne puis interpréter l'article 2*d*) comme faisant plus que rendre inopérante toute règle de droit fédérale, énoncée dans une loi formelle ou non, qui obligerait quelqu'un à s'accuser *devant une cour ou un tribunal semblable en fournissant une preuve*, sans en même temps le protéger contre l'utilisation de cette preuve contre lui[353]. [C'est nous qui soulignons]

De même, le juge Ritchie, qui s'est rallié au juge Laskin, a déclaré:

> ... l'expression «protection contre son propre témoignage» de l'article 2*d*) de la *Déclaration des droits* doit s'interpréter comme signifiant la protection contre les «déclarations auto-accusatrices» et comme ne visant pas «les conditions incriminantes du corps», telles que la proportion d'alcool dans l'haleine ou dans le sang[354].

Dans l'affaire *R.* v. *Devison*[355], la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a souscrit aux opinions des juges Laskin et Ritchie et a déclaré que l'alinéa 2*d*) ne pouvait s'appliquer au prélèvement d'échantillons de sang. Dans l'affaire *Marcoux et Solomon* c. *La Reine*[356], la Cour suprême du Canada a jugé unanimement que l'alinéa 2*d*) ne s'appliquait pas aux parades d'identification. Dans l'affaire *R.* v. *Sweeney (No. 2)*[357], la Cour d'appel de l'Ontario a examiné l'alinéa 2*d*) dans le contexte des examens psychiatriques avant le procès. Le juge d'appel Zuber, au

nom de la Cour, a reconnu [TRADUCTION] «qu'un examen psychiatrique ou psychologique ne cadre pas facilement avec cette catégorie qui ferait du prévenu une source d'éléments de preuve réels ou matériels[358]» et [TRADUCTION] «[qu']il ne fait pas de doute qu'un examen mental vise à obtenir du prévenu des réponses verbales qui auront une portée directe ou indirecte sur sa culpabilité[359]». Mais le juge a néanmoins déclaré:

> [TRADUCTION]
> Actuellement, le privilège contre l'auto-incrimination n'est que le droit, au sens de ... la *Loi sur la preuve au Canada*, ... d'un témoin de refuser de répondre à certaines questions pour le motif que ses réponses pourraient tendre à l'incriminer, et le droit absolu du prévenu de refuser de témoigner ...[360]

Il ressort d'arrêts récents mettant en cause des dispositions de la *Charte* que le recours à certains procédés, comme les analyses d'haleine[361] en vertu des dispositions du *Code criminel* et la prise d'empreintes digitales[362], en vertu de la *Loi sur l'identification des criminels* ne va pas à l'encontre de l'alinéa 11*c*) de la *Charte*, ni, semble-t-il, du droit «d'être présumé innocent ...» prévu à l'alinéa 11*d*) de la *Charte*[363].

(2) La sécurité de la personne

L'article 7 de la *Charte*, qui est analogue à l'alinéa 1*a*) de la *Déclaration des droits*, édicte que «[c]hacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les *principes de justice fondamentale*[364]». [C'est nous qui soulignons] Bien entendu, il est encore trop tôt pour spéculer sur le sens et la portée exacts de cette disposition. Toutefois, selon certains arrêts récents, le prélèvement d'échantillons d'haleine[365] en vertu des dispositions du *Code criminel* relatives à l'ivressomètre ou la prise d'empreintes digitales[366] en vertu de la *Loi sur l'identification des criminels* n'enfreignent pas cette disposition.

(3) Les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives

L'article 8 de la *Charte des droits et libertés*, qui n'a pas d'équivalent dans la *Déclaration des droits*[367] prévoit ce qui suit: «Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives». Encore une fois, bien qu'il soit encore

trop tôt pour apprécier quel effet aura cette disposition, soulignons que selon certains arrêts récents, on a jugé que le prélèvement de routine des empreintes digitales[368] d'un prévenu en vertu des dispositions de la *Loi sur l'identification des criminels* ou le prélèvement d'échantillons d'haleine[369] en vertu des dispositions du *Code* relatives à l'ivressomètre ne violent pas la règle édictée à l'article 8 de la *Charte*.

Aux États-Unis, les perquisitions, les fouilles ou les saisies abusives sont interdites par le quatrième amendement. Le caractère abusif de ces procédures doit être étudié suivant les circonstances propres à chaque cas[370], mais d'une façon générale, il semble que les perquisitions et les fouilles sans mandat sont *prima facie* abusives sauf dans les cas de nécessité comme la protection de la vie ou la conservation de la preuve[371]. En décidant si une fouille ou une perquisition est raisonnable, les tribunaux doivent tenir compte de la nécessité de cette fouille ou de cette perquisition eu égard à l'atteinte à la vie privée qui peut en résulter[372]. Les fouilles concomitantes de l'arrestation sont considérées *prima facie* comme raisonnables, mais elles sont assujetties à des considérations plus importantes relatives à «l'application régulière de la loi»[373]. Dans l'affaire *Cupp* v. *Murphy*[374], la Cour suprême des États-Unis a jugé que le curage des ongles d'un suspect sous garde sans le consentement de ce dernier ne violait pas les quatrième et quatorzième amendements. Dans sa décision, la Cour a tenu compte de [TRADUCTION] «l'existence d'une cause probable, de la nature très limitée de l'atteinte à la vie privée vu la détention du prévenu au poste de police et le risque de destruction de la preuve ...[375]».

(4) Les traitements ou peines cruels et inusités

Aux termes de l'article 12 de la *Charte*, «[c]hacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités». Cette disposition est analogue à l'alinéa 2*b*) de la *Déclaration des droits*, qui édicte que «nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme ... infligeant des peines ou traitements cruels et inusités, ou comme en autorisant l'imposition ...». Au Canada, il y a très peu de jurisprudence qui définit ce qui constitue des traitements ou peines cruels et inusités. Toutefois, on a jugé récemment que la prise d'empreintes digitales ne constitue pas un tel traitement en vertu de la *Charte*[376]. Il ne faut cependant pas

écarter la possibilité que cette expression serve d'argument à l'encontre de l'utilisation, sans le consentement des personnes visées, de certaines méthodes d'investigation scientifiques qui constituent une atteinte extrême à la vie privée de ces personnes.

D. Les conséquences pénales du refus du prévenu ou du suspect de coopérer

En vertu des dispositions actuelles du *Code criminel* et d'autres lois, le refus du prévenu ou du suspect de collaborer à l'application de différentes méthodes d'investigation scientifiques entraîne des sanctions pénales spécifiques. Les dispositions les plus connues sont sans doute le paragraphe 234.1(2) et le paragraphe 235(2) du *Code criminel* qui prévoient que quiconque, sans excuse raisonnable, refuse d'obtempérer à une sommation qui lui est faite par un agent de la paix en vertu du paragraphe 234.1(1) ou du paragraphe 235(1), selon le cas, est coupable d'une infraction à option de procédure (ou infraction «mixte»). Le paragraphe 240.1(2) énonce que quiconque, sans excuse raisonnable, refuse d'obtempérer à une sommation qui lui est faite par un agent de la paix aux termes du paragraphe 240.1(1) est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.

D'autres lois qui régissent l'application des méthodes d'investigation scientifiques ne font aucune mention particulière des conséquences du refus du prévenu de coopérer. Par exemple, dans l'affaire *R.* v. *McLarty (No. 2)*[37], on a jugé que le tribunal ne peut ordonner au prévenu de se soumettre à une prise d'empreintes digitales en vertu du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'identification des criminels* s'il s'y refuse (quoique, en vertu des articles 133, 453.4 et 455.6 du *Code*, le refus du prévenu de *comparaître* à cette fin puisse constituer une infraction et qu'un juge de paix puisse délivrer un mandat pour l'arrestation du prévenu relativement à l'infraction dont il est inculpé).

Le refus de se soumettre à l'application de certaines méthodes d'investigation scientifiques peut toutefois constituer une entrave. En vertu de l'article 118 du *Code criminel*,

> [q]uiconque ... volontairement entrave un fonctionnaire public ou un agent de la paix dans l'exécution de son devoir ou toute personne

> prêtant légalement main-forte à un tel fonctionnaire ou agent ... est coupable ... d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, ou ... d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.

Le refus de coopérer avec les psychiatres ou les psychologues dans le cadre d'examens autorisés par le *Code criminel* n'est assorti d'aucune sanction pénale particulière. Lorsqu'un prévenu ne se «présente» pas pour «observation» à la suite d'une ordonnance rendue par le tribunal en vertu d'une des dispositions du *Code* relatives aux renvois pour observation, il est, semble-t-il, passible d'une poursuite pour outrage au tribunal. Toutefois, il n'est pas certain que le prévenu qui s'est «présenté» soit passible d'une sanction pénale en raison de son refus de se soumettre à une méthode d'investigation scientifique qu'on lui propose.

E. Les conséquences sur le plan de la preuve du refus du prévenu ou du suspect de coopérer

Une des conséquences importantes du refus du prévenu ou du suspect de coopérer avec les policiers ou avec les autres fonctionnaires chargés de l'application des méthodes d'investigation scientifiques est la possibilité que le juge des faits en tire une conclusion défavorable quant à la culpabilité du prévenu. Dans certains cas, cette possibilité est prévue dans la loi. Le paragraphe 237(3) du *Code criminel*, par exemple, prévoit que dans toute poursuite engagée en vertu de l'article 234 (pour conduite pendant que la capacité de conduire est affaiblie),

> la preuve que le prévenu, sans excuse raisonnable, a fait défaut ou refusé d'obtempérer à une sommation qui lui a été faite par un agent de la paix en vertu de l'article 234.1 ou du paragraphe 235(1), est admissible et le tribunal peut en tirer une conclusion défavorable à l'accusé[378].

En vertu de l'article 240.3 du *Code*, cette disposition s'applique à toute procédure engagée en vertu des articles 240 (conduite d'un bateau pendant que la capacité de conduire est affaiblie) et 240.2 (conduite d'un bateau avec un taux d'alcoolémie supérieur à 80 mgs)[379].

Il ressort de la jurisprudence que même en l'absence de dispositions législatives, le refus du prévenu ou du suspect de se

soumettre à l'application de certaines méthodes d'investigation scientifiques peut, dans certaines circonstances, entraîner des conséquences défavorables sur le plan de la preuve. Ainsi, dans l'affaire *Marcoux et Solomon* c. *La Reine*[380], la preuve du refus d'un des prévenus de participer à une parade d'identification avait été admise lors de son procès pour introduction par effraction et vol. Le juge de première instance avait déclaré dans ses directives au jury: «Aucune loi n'oblige un prévenu, un suspect ou une personne détenue dans un poste de police, à participer à une parade d'identification[381]», mais il a demandé aux membres du jury «de décider d'après l'ensemble de la preuve de l'importance à donner au refus de M. Marcoux de participer à la parade d'identification proposée[382]». Les accusés ont été déclarés coupables et un appel a été interjeté pour les motifs que la preuve qu'un prévenu avait refusé de participer à la parade d'identification était irrecevable et que même si elle avait été jugée recevable, le juge de première instance aurait dû mentionner dans ses directives au jury qu'il ne pouvait tirer de ce refus une conclusion défavorable à l'accusé. Cependant, une majorité de la Cour d'appel de l'Ontario[383], de même que la Cour suprême du Canada, ont décidé que l'appel ne pouvait être accueilli. Rendant le jugement de la Cour suprême, le juge Dickson a déclaré que les tactiques de l'avocat de la défense au procès ont rendu cette preuve recevable pour expliquer le défaut de procéder à une parade d'identification[384].

Dans d'autres cas, la preuve du refus du prévenu de participer peut être jugée irrecevable. Dans l'affaire *R.* v. *Madden*[385], par exemple, la preuve du refus de l'accusée de fournir à la police un spécimen de son écriture a été jugée irrecevable lors de son procès pour complot en vue d'employer un document contrefait. Dans cette affaire, le juge Locke de la Cour de comté a distingué les faits de ceux de l'affaire *Marcoux et Solomon* en se basant sur le fait qu'en l'espèce, l'accusée n'avait pas «soulevé» la question en affirmant, semble-t-il, que la police n'avait jamais tenté d'obtenir un spécimen d'écriture. Tout en se réservant le droit de modifier sa décision advenant le cas où cette question serait soulevée, le juge s'est dit d'avis que dans les circonstances,

> [TRADUCTION]
> le fait d'admettre en preuve devant le jury un témoignage portant sur le refus de l'accusée de s'auto-incriminer en fournissant un spécimen de son écriture serait, selon moi, une violation de la présomption d'innocence et, à toutes fins utiles, imposerait à l'accusée un véritable

fardeau de prouver son innocence, ce qui est contraire aux principes fondamentaux de notre droit[386].

Dans l'affaire *R.* v. *Shaw*[387], la Couronne ayant interjeté appel de l'acquittement du prévenu relativement à une accusation de conduite en état de facultés affaiblies, il a été décidé que le juge de première instance avait à juste titre refusé d'admettre en preuve le refus du prévenu de participer à certains tests de performance physique destinés à évaluer son état d'ébriété[388]. Toutefois, dans un arrêt subséquent, soit l'affaire *R.* v. *Brager*[389], on a jugé que l'avocat de la Couronne peut faire la preuve du refus du prévenu de se soumettre à ces tests lorsque la défense s'appuie sur le fait qu'ils n'ont pas été effectués.

Dans *R.* v. *Burns*[390], la preuve du refus du prévenu de fournir un échantillon de sang à la police a été jugée irrecevable à son procès relativement à une accusation de négligence criminelle causant la mort dans la conduite d'un véhicule à moteur[391].

Dans l'affaire *R.* v. *Gowland*[392], le prévenu, inculpé de meurtre, a soulevé un moyen de défense fondé sur l'ivresse. En guise de réponse, la Couronne a tenté de produire en preuve le refus du prévenu de se soumettre à une analyse d'haleine quelque trois heures après le meurtre. La Couronne voulait ainsi en partie démontrer que le prévenu savait qu'il n'était pas en état d'ébriété avancé. Le juge de première instance a cependant refusé d'admettre cette preuve et sa décision a été confirmée par la Cour d'appel de l'Ontario[393].

Une décision exceptionnelle qui mérite d'être soulignée (citée par le juge Martin, ci-dessus) est l'arrêt *R.* v. *Sweeney (No. 2)*[394]. Dans cette affaire, le prévenu, inculpé de meurtre, a soulevé la défense d'aliénation mentale. Au procès, la Couronne fut autorisée à faire une contre-preuve du refus du prévenu de se soumettre à un examen psychiatrique et psychologique par des psychiatres désignés par elle. Il est intéressant de noter que l'examen proposé n'avait *pas* été autorisé par le tribunal, la demande faite par la Couronne pour la délivrance d'une ordonnance en vertu de l'alinéa 465(1)*c*) ayant été rejetée par le juge de première instance, étant donné que la question de l'inaptitude du prévenu à subir son procès n'avait pas été soulevée. Le prévenu, qui a interjeté appel de sa condamnation devant la Cour d'appel de l'Ontario, a prétendu que la preuve de son refus de se soumettre à un examen n'aurait

pas dû être admise. Rendant le jugement de la Cour d'appel, le juge Zuber rejeta l'appel notamment pour les raisons suivantes: (1) [TRADUCTION] «On pouvait déduire du refus du prévenu que la défense d'aliénation mentale était soit fabriquée, soit tellement faible qu'elle n'aurait pas pu résister à un examen[395]», et, par voie de conséquence, cette preuve était pertinente; (2) bien que [TRADUCTION] «la loi n'oblige pas un prévenu à parler» et que «d'une manière générale, on ne puisse pas tirer une conclusion défavorable du refus du prévenu de parler ...[396]», il existe une exception lorsque le prévenu fait valoir un moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale; et (3) il n'y avait pas lieu d'appliquer la [TRADUCTION] «règle de la preuve de nature préjudiciable ayant peu de force probante» pour exclure la preuve[397].

V.

Questions fondamentales et principes directeurs concernant l'établissement d'un régime légal pour les méthodes d'investigation scientifiques

Nous affirmions dans la Partie I du présent document de travail que notre volonté d'établir un régime légal pour régir les méthodes d'investigation scientifiques se fonde essentiellement sur trois principes auxquels nous souscrivons depuis longtemps et que le gouvernement du Canada a formulés récemment. Il convient de les citer encore une fois. Suivant le premier principe, «[l]e droit pénal doit prévoir et définir clairement les pouvoirs nécessaires à la conduite des enquêtes criminelles, à l'arrestation et à la détention des contrevenants sans empiéter de façon abusive ou arbitraire sur les droits et libertés des personnes ...[398]». Suivant le deuxième principe, «[a]fin d'assurer l'égalité des traitements et le respect de l'obligation de rendre compte, les pouvoirs discrétionnaires exercés à certaines étapes critiques du processus de justice pénale doivent être soumis à des mécanismes de surveillance appropriés ...[399]». Enfin, selon le troisième principe, «[l]e droit pénal doit aussi exposer clairement et simplement les droits des personnes dont la liberté est directement menacée par le processus pénal ...[400]». Après avoir, dans les Parties II et III, discuté de la nature et de l'application médico-légale des principales méthodes d'investigation scientifiques qui sont employées actuellement, et après avoir résumé, dans la Partie IV, les différentes dispositions législatives de même que les principes qui régissent l'application de ces méthodes, il convient maintenant d'examiner les types de dispositions qui devraient faire partie d'une codification rationnelle et complète de la procédure applicable aux méthodes d'investigation scientifiques.

A. Les méthodes d'investigation scientifiques interdites

En établissant un régime légal pour les méthodes d'investigation scientifiques, il faut se demander si l'on doit interdire certaines méthodes en particulier qui, en soi, «portent indûment atteinte aux droits et libertés de la personne ...». Il ressort de notre étude des différents types de méthodes et des aspects juridiques qui les concernent qu'il y a, selon nous, deux catégories de méthodes d'investigation «susceptibles d'interdiction», soit (1) les méthodes qui ne sont pas suffisamment fiables sur le plan scientifique, et (2) les méthodes qui ont un caractère essentiellement inhumain. Cela étant dit, nous devons maintenant nous attaquer à l'épineux problème de déterminer avec exactitude quelles méthodes d'investigation décrites précédemment font partie de l'une ou l'autre de ces deux catégories. Il faudra malheureusement se fier à son jugement et à ses intuitions. Par conséquent, plutôt que de recommander l'interdiction de certaines méthodes spécifiques (et risquer de commettre l'erreur d'oublier ou d'inclure certaines méthodes), nous préférons a) nommer les méthodes dont l'application légale devrait, selon nous, être facilitée soit par le recours à la force d'une manière raisonnable, soit par des sanctions ou des conséquences résultant du refus de s'y soumettre, et b) recommander l'interdiction des autres méthodes à moins que le consentement de la personne visée ne soit obtenu.

B. Les motifs de l'application des méthodes d'investigation scientifiques

Afin que les méthodes d'investigation scientifiques «[n'empiètent pas] de façon ... arbitraire sur les droits et libertés des personnes ...», et «afin d'assurer l'égalité des traitements et le respect de l'obligation de rendre compte ...», il faut déterminer dans quelles circonstances précises il devrait être permis d'utiliser les méthodes d'investigation scientifiques. Il ressort de notre analyse des lois en vigueur ou proposées dans d'autres États qu'il existe un certain nombre d'options relatives aux différentes catégories de méthodes que nous avons étudiées.

Premièrement, d'une façon générale, nous pensons que le recours à des méthodes d'investigation scientifiques ne devrait être autorisé qu'après l'arrestation ou l'inculpation de la personne visée, à moins que cette dernière n'y ait consenti. Il est vrai qu'une majorité des membres du comité sur la réforme du droit pénal de la Nouvelle-Zélande a recommandé, dans son rapport intitulé *Report on Bodily Examination and Samples as a Means of Identification*, l'application de méthodes d'investigation avant l'arrestation de la personne visée. La principale raison qu'ils invoquent est la suivante: [TRADUCTION] «si la méthode en question ne pouvait être appliquée qu'après l'arrestation de la personne visée, la police serait tentée de procéder précipitamment à des arrestations afin d'obtenir [des éléments de preuve] qui, en fait, pourraient écarter les soupçons qui pèsent sur le suspect[401]». Nous sommes toutefois d'avis que le point de vue exprimé par les membres dissidents du comité est, sur ce point, plus convaincant. En effet, comme ils l'ont souligné,

> [TRADUCTION]
> [à] l'heure actuelle, le degré de suspicion nécessaire pour justifier une arrestation constitue un élément important de ce qui reste des garanties constitutionnelles des citoyens contre les atteintes abusives à leur vie privée et la détention abusive par les autorités ... Sous réserve de certaines exceptions prévues par la loi, il est de tradition qu'un suspect bénéficie d'une protection contre les atteintes à sa personne ou à sa liberté tant qu'il n'a pas été arrêté[402].

Permettre, avant l'arrestation des suspects, l'application de méthodes d'investigation scientifiques sans leur consentement au lieu de protéger ces derniers contre des enquêteurs trop zélés, [TRADUCTION] «pourrait agiter le spectre du *harcèlement policier* ...[403]».

Hormis l'application de méthodes d'investigation scientifiques avant l'arrestation ou l'inculpation de la personne visée sans le consentement de cette dernière, un certain nombre de choix nous sont offerts. Une solution consisterait à faire des méthodes d'investigation (tout au moins de certaines méthodes), dans certaines circonstances, des procédures concomitantes de l'arrestation. C'est la solution que préconise l'"*American Law Institute*" dans son *Model Code of Pre-Arraignment Procedure*[404]. Une autre solution serait de permettre l'application automatique des méthodes d'investigation scientifiques (tout au moins de certaines méthodes) pendant que l'accusé est sous garde légale après avoir été inculpé d'une infraction. Certains pays du Commonwealth ont adopté cette

approche[405]. Comme nous l'avons mentionné précédemment, l'article 2 de la *Loi sur l'identification des criminels*[406] renferme une telle disposition relativement aux actes criminels. Une troisième option, qui a également été retenue dans certains pays du Commonwealth[407], consiste à ne permettre l'application des méthodes d'investigation (ou tout au moins de certaines méthodes) qu'après l'inculpation de la personne visée et ce, seulement lorsque certains critères (comme, par exemple, le critère des motifs raisonnables) ont été remplis. Une quatrième option qui a également été adoptée dans plusieurs pays du Commonwealth[408] serait de ne permettre l'application des méthodes d'investigation (ou tout au moins de certaines méthodes) que si elles ont été autorisées par un agent de police de grade supérieur (et, peut-être, que si certaines conditions ont été remplies[409]). Enfin, une cinquième option qui, une fois de plus, a été adoptée dans certains pays du Commonwealth serait d'exiger l'obtention d'une ordonnance du tribunal[410].

Nous pensons qu'avant de décider dans quelles circonstances l'application de méthodes d'investigation scientifiques est justifiée, il faut tenir compte d'au moins trois facteurs. Tout d'abord, il y a la nature de l'infraction en question. Il est extrêmement difficile, dans le cas de certaines infractions, d'obtenir la condamnation d'un prévenu sans avoir les résultats de certaines méthodes d'investigation scientifiques et ce, en raison de la nature même de l'infraction ou des circonstances particulières dans lesquelles elle a été perpétrée. Par exemple, le fait de conduire un véhicule à moteur avec un taux d'alcoolémie supérieur à 80 milligrammes est difficile à prouver si l'on ne dispose pas des résultats d'analyses de l'haleine, du sang ou de l'urine. Le second facteur qui entre en ligne de compte tient à la nature de la méthode d'investigation scientifique. Même lorsque l'application de certaines méthodes d'investigation scientifiques est cruciale pour le succès d'une poursuite, il y a des cas où une méthode d'investigation spécifique peut causer une atteinte à la vie privée disproportionnée à la gravité de l'infraction. Enfin, le troisième facteur qu'il faut envisager est la probabilité d'obtenir, par l'application de la méthode d'investigation scientifique en question, un élément de preuve admissible qui se rapporte à la question de la culpabilité du prévenu relativement à l'infraction en cause.

Vu cette analyse, nous sommes d'avis qu'au moins l'une des cinq approches susmentionnées relativement à l'application des

méthodes d'investigation scientifiques, soit l'application automatique, ne peut être justifiée. Étant donné que toutes les méthodes d'investigation scientifiques constituent, dans une certaine mesure, une atteinte à l'intégrité physique ou morale de la personne visée, nous pensons qu'il faudrait logiquement tout au moins que toute méthode d'investigation proposée ait un fondement rationnel (c'est-à-dire, un but légitime). Une telle condition pourrait notamment faire disparaître la pratique qui consiste à prendre systématiquement les empreintes digitales et la photographie de toutes les personnes inculpées d'actes criminels en vertu de l'article 2 de la *Loi sur l'identification des criminels*.

Il faudra sans aucun doute déterminer à l'égard de quelle(s) catégorie(s) d'infractions il sera possible d'obliger la personne visée à se soumettre à l'application des méthodes d'investigation scientifiques. D'autres États ont adopté différentes approches pour aborder cette question. Dans certains pays, l'application de certaines méthodes d'investigation n'est autorisée que pour les infractions comportant une peine fixe minimum[411] tandis que dans d'autres pays, on a adopté des règles précises[412] ou on a choisi de tenir compte des circonstances dans lesquelles l'infraction a été perpétrée[413] plutôt que de la catégorie de l'infraction en cause. Il serait vraisemblablement plus logique de soupeser, dans chaque cas, la nature et la gravité de l'infraction eu égard à la méthode envisagée, mais une telle détermination (dans l'hypothèse où elle serait possible) aurait pour effet, selon nous, de rendre la loi dans une large mesure incertaine, voire inéquitable. C'est pourquoi d'une façon générale, nous proposons, à l'instar de la *Loi sur l'identification des criminels*, de limiter l'application obligatoire de ces méthodes d'investigation aux enquêtes portant sur des actes criminels.

C. Les garanties de procédure

Dans d'autres États où les lois (ou projets de loi) prévoient l'application de méthodes d'investigation scientifiques, différents critères régissent la façon dont ces méthodes doivent être appliquées ainsi que l'utilisation des résultats obtenus par l'application de ces méthodes. Selon toute apparence, ces règles de procédure ont pour but d'assurer, dans la mesure du possible, une application équitable et uniforme des méthodes d'investigation

scientifiques qui sont permises. Il semble toutefois que les types de garanties applicables varient beaucoup en fonction de la nature de la méthode qui est utilisée et que de notables différences existent d'un État à l'autre. Nous examinons, dans les paragraphes qui suivent, les différents types de garanties de procédure qui pourraient faire partie du régime général que nous proposons pour les méthodes d'investigation scientifiques, afin «[d'exposer] clairement et simplement les droits des personnes dont la liberté est directement menacée par le processus pénal ...».

(1) Les avertissements

Certaines lois qui autorisent l'utilisation de méthodes d'investigation scientifiques renferment des dispositions en vertu desquelles les personnes qui sont obligées de se soumettre à l'application de ces méthodes doivent, au préalable, être informées des conséquences possibles de leur refus ou de leur défaut de s'y soumettre[414] ou de leur droit d'exiger l'application d'une autre méthode[415]. Nous pensons que ce genre d'avertissement obligatoire a sa place dans tout régime légal proposé pour les méthodes d'investigation scientifiques et qu'il est conforme au principe énoncé ci-dessus. Comme le fait remarquer le gouvernement, «[c]e principe exige que les Canadiens soient mieux informés de leurs droits[416]». Toutefois, nous avons exclu des recommandations énoncées ci-dessous toute obligation d'informer la personne visée de son droit de refuser de se soumettre à certaines méthodes d'investigation scientifiques (Catégorie IV) exigeant son consentement. Vu le caractère complexe et imprécis des règles concernant les conclusions défavorables qui, dans certaines circonstances, peuvent être tirées contre le prévenu qui exerce ce droit, nous pensons que ce genre d'avertissement risque d'être incomplet, voire peut-être dangereusement trompeur. Nous sommes donc portés, pour le moment, à attendre les résultats d'une consultation future.

(2) Le droit à l'intimité

Certaines méthodes d'investigation scientifiques comportent manifestement une atteinte à l'intimité des gens. Afin d'en atténuer l'effet, diverses lois et différents projets de loi renferment des dispositions qui exigent l'application de ces méthodes [TRADUCTION] «dans la plus grande intimité possible[417]» ou [TRADUCTION]

«en tenant compte, d'une manière raisonnable, du droit de la personne à son intimité[418]». En principe, nous souscrivons au but visé par ces dispositions.

(3) Le droit à l'application par un personnel qualifié

En règle générale et pour cause, nous pensons qu'une méthode d'investigation scientifique doit, pour être aussi fiable et humanitaire que possible, être appliquée par un personnel diplômé et qualifié. Ce principe est énoncé dans les dispositions de plusieurs lois et projets de loi régissant l'application des méthodes d'investigation scientifiques[419].

(4) Le droit à la présence d'un avocat

Parmi les dispositions législatives relatives aux méthodes d'investigation scientifiques que nous avons examinées, il y en a peu qui exigent ou qui permettent la présence de l'avocat de la personne visée lorsque cette dernière en fait la demande[420]. Nous pensons que les personnes arrêtées ou détenues sous garde devraient continuer de bénéficier du droit, prévu à l'alinéa 10*b*) de la *Charte*, «d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit ...», mais nous craignons que tout avantage découlant du droit, prévu dans la loi, à la présence d'un avocat lors de l'application d'une méthode d'investigation scientifique, peut être annulé par les difficultés évidentes que pourrait susciter l'exercice de ce droit. Si l'on adopte les autres garanties de procédure proposées, le droit à la présence d'un avocat ne nous paraît pas nécessaire.

(5) Le droit à la présence d'un médecin de son choix

Dans de nombreux États où la loi autorise l'examen médical des prévenus, il existe un autre type de garantie de procédure: le droit du prévenu d'être examiné par le médecin de son choix[421] ou en présence de celui-ci. Toutefois, en règle générale, ce droit n'est pas absolu et ne peut être exercé lorsque, dans les circonstances, [TRADUCTION] «il est impossible en pratique de le faire ...[422]» ou lorsque le retard résultant de l'exercice d'un tel droit entraînerait [TRADUCTION] «la destruction ou la disparition[423]» des éléments de preuve recherchés. Enfin, soulignons encore une fois que les problèmes que pourrait soulever l'exercice d'un tel droit peuvent

être disproportionnés eu égard aux avantages qui pourraient en résulter.

(6) Le droit de demander l'application d'autres méthodes

Dans certains États, la loi permet aux personnes qui sont sommées de se soumettre à certains types de méthodes d'investigation scientifiques (par exemple, l'ivressomètre), de demander également l'application de méthodes intrinsèquement plus fiables (par exemple, des analyses de sang)[424].

Théoriquement, le principe énoncé dans ces dispositions devrait s'appliquer à toutes les méthodes d'investigation scientifiques, mais nous ne voyons pas comment ce principe pourrait être consacré sur le plan pratique, sauf dans les cas d'analyse du taux d'alcoolémie.

(7) L'analyse des échantillons par un chimiste analyste indépendant

Dans certains États, les personnes à qui l'on fait subir certaines méthodes d'investigation scientifiques ont soit le droit d'exiger qu'on leur remette une partie des échantillons prélevés, soit le droit d'exiger qu'une partie des échantillons prélevés soit envoyée à un chimiste analyste indépendant pour analyse[425]. Ces dispositions sont analogues à nos dispositions relatives aux analyses d'haleine qui n'ont pas encore été promulguées. En vertu de celles-ci, le prévenu peut se voir fournir un spécimen de son haleine dans un «contenant approuvé[426]». Bien que l'on ait jugé que l'absence de proclamation de ces dispositions ne va pas en soi à l'encontre des dispositions relatives au «procès équitable» de l'alinéa 2*e*) de la *Déclaration canadienne des droits*[427] ou de l'alinéa 11*d*) de la *Charte*[428], voici ce qu'un juge a affirmé récemment dans un *obiter dictum*:

> [TRADUCTION]
> Il se pourrait que dans le cas d'une accusation portée en vertu de l'article 236 (conduite avec un taux d'alcoolémie supérieur à 80 mgs) et dans l'hypothèse où le taux d'alcoolémie serait légèrement supérieur à la limite prévue par la loi, le défaut de fournir un échantillon à l'accusé afin de lui permettre de prouver qu'il y a eu erreur, pourrait le priver de son droit à un procès équitable[429].

Bien souvent (par exemple, dans le cas du curage des ongles où l'on n'obtient qu'une faible quantité d'échantillons), il serait peu pratique de diviser ces échantillons en deux pour faire des analyses distinctes. Dans d'autres cas (par exemple, dans le cas des prélèvements de salive afin de déterminer si la personne visée est «sécrétrice»), cette façon de procéder peut s'avérer inutile car l'accusé sera toujours en mesure de faire prélever d'autres échantillons plus tard. Lorsque la division des échantillons et leur analyse séparée serait à la fois pratique et avantageuse, nous pensons qu'une telle garantie est valable et pratique, compte tenu de la nature préjudiciable et incriminante des différentes méthodes d'investigation scientifiques.

(8) La destruction des dossiers et des échantillons

Une plainte qui a retenu notre attention au sujet de l'application de la *Loi sur l'identification des criminels* concerne la pratique actuelle de la police qui consiste à conserver les empreintes digitales et les photographies des prévenus dans une banque de données centrale, peu importe les résultats des poursuites. Il semble que l'on craint, entre autres, que ces dossiers tombent aux mains des mauvaises personnes ou qu'il en soit fait un usage préjudiciable aux personnes innocentes qui poursuivent des buts légitimes[430]. En outre, comme l'affirme la Commission de réforme du droit de l'Australie:

> [TRADUCTION]
> Dans le cas d'une personne innocente, le simple fait de savoir que ce type de renseignement est conservé, peut être une source d'angoisse et d'embarras, en particulier dans le cas des photographies. Comme le fait remarquer le comité de Victoria, on peut facilement envisager des hypothèses où la présence d'une photographie dans «l'album de famille» de la police, auquel ont accès les victimes, les témoins de même que les policiers, pourrait nuire à la réputation d'une personne. Il semble que les empreintes digitales, les vocogrammes et autres représentations graphiques ne soient pas autant une source d'embarras. Toutefois, le principe sur lequel se fonde l'argument s'opposant à la conservation de ces dossiers demeure, à savoir que tout individu devrait avoir, dans la mesure du possible, un droit de regard sur les renseignements qui le concernent et qui sont conservés ou diffusés[431].

Dans certains États, on a tenu compte de ce type d'objection en adoptant des dispositions correctives[432].

Nous partageons bon nombre des craintes qui ont été exprimées et nous reconnaissons l'importance d'établir des règles appropriées en ce qui concerne la conservation des dossiers et des échantillons ainsi que l'accès à ceux-ci. Toutefois, nous ne sommes pas convaincus que la conservation des dossiers relatifs aux méthodes d'investigation scientifiques ou des échantillons peut constituer une atteinte aux droits de la personne au point où il devient nécessaire de les détruire lorsque la personne visée est acquittée d'une infraction ou lorsqu'elle est libérée avant le procès. Nous pensons qu'il est vraisemblable, au contraire, que la destruction de certains dossiers dans de telles circonstances pourrait nuire à la police dans l'exercice de son rôle légitime qui est de détecter la criminalité et de protéger l'ensemble de la société au lieu de constituer une garantie utile et valable du droit des gens honnêtes à leur vie privée. Les copies authentiques d'empreintes digitales, par exemple, peuvent avoir une importance capitale quand l'investigation porte sur des crimes graves qui sont commis par des personnes qui, quelle que soit la raison, n'ont pas été reconnues coupables d'infractions dont elles étaient en fait coupables. Peut-on affirmer que la conservation des copies authentiques d'empreintes digitales obtenues légalement et d'une manière raisonnable «[empiète] de façon abusive ou arbitraire sur les droits et libertés des personnes ...»?

D. Les conséquences de la violation des règles de procédure

Il existe au moins deux façons de favoriser le respect des règles de procédure relatives à l'application des méthodes d'investigation scientifiques: (1) l'établissement d'une peine en cas de violation de ces règles (par exemple, des poursuites criminelles ou des mesures disciplinaires internes de la police), ou (2) l'exclusion de tout élément de preuve obtenu en violation de ces règles. La première solution, qui a été retenue au Royaume-Uni, se trouve dans la Partie VI du *Police and Criminal Evidence Bill* de 1983[433]. Toutefois, le "Royal Commission on Criminal Procedure", dans son *Report* de 1981, préconise la deuxième solution dans certaines circonstances. Comme l'a fait observer si éloquemment cette Commission:

[TRADUCTION]
Lorsque certaines normes ont été établies pour régir le déroulement des enquêtes criminelles, les citoyens peuvent s'attendre, et ils ont le droit de s'attendre, à ce qu'ils soient traités conformément à ces normes. Dans le cas contraire, ils ne devraient pas être soumis à de tels aléas et l'enquêteur ne devrait pas en tirer profit[434].

Selon la Commission,

[TRADUCTION]
[i]l incombe aux tribunaux de protéger les droits des citoyens. Dans de telles circonstances, la meilleure solution serait de supprimer ce qui avantage l'enquêteur au détriment de l'accusé, soit les éléments de preuve. Si l'on applique ce principe, l'exclusion d'éléments de preuve valables obtenus de façon irrégulière est le prix qu'il faut payer pour que les citoyens aient confiance aux règles de procédure pénale et pour s'assurer que le public ait l'impression que le système est équitable[435].

Avec respect, nous partageons la plupart des opinions exprimées par la Commission d'enquête royale. Nous pensons toutefois que la question de savoir si l'exclusion devrait être automatique ou relever du pouvoir discrétionnaire du juge doit encore être étudiée. En vertu des dispositions de certaines lois régissant les méthodes d'investigation scientifiques, seule l'inobservation de certaines conditions prévues par la loi entraînera l'exclusion automatique[436]. En vertu d'autres dispositions, l'exclusion ne résulte que de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire[437]. Selon nous, l'exclusion systématique d'éléments de preuve fiables en raison de l'inobservation mineure ou accidentelle de certaines conditions devrait être évitée. Nous pensons que les conséquences de l'inobservation, de la part des autorités, des règles de procédure dans l'application des méthodes d'investigation scientifiques, devraient varier en fonction de la nature et de la gravité de la violation en question. Par conséquent, nous recommandons que l'exclusion des éléments de preuve ne soit pas automatique.

E. La coopération de la personne visée

Comme nous l'avons mentionné dans la Partie IV du présent document de travail, il existe essentiellement trois façons d'obliger une personne à se soumettre aux méthodes d'investigation scientifiques qui sont permises par la loi. La première consiste à

permettre d'employer la force nécessaire d'une manière raisonnable. Au Canada, la *Loi sur l'identification des criminels* nous en fournit un exemple et il existe dans d'autres États des projets de loi sur les méthodes d'investigation scientifiques qui contiennent des dispositions analogues[438]. La deuxième façon d'assurer la coopération de la personne visée lors de l'application de méthodes d'investigation scientifiques est l'adoption de sanctions pénales pour refus d'y participer. De nombreux États ont également adopté de telles dispositions[439]. Dans certains États, la législation concernant les méthodes d'investigation scientifiques prévoit l'imposition d'une peine pour refus de se soumettre à différentes épreuves *en plus* d'autoriser les agents de police à recourir à la force[440]. Une troisième façon d'assurer la coopération du sujet serait l'adoption d'une disposition permettant au juge du procès de tirer une conclusion défavorable à l'accusé en raison de son refus de participer à l'application d'une méthode d'investigation scientifique[441]. Dans certains États, le refus de se soumettre à certaines méthodes d'investigation scientifiques peut permettre au juge de tirer une conclusion défavorable et, en même temps, rendre le prévenu coupable d'une infraction distincte. Comme nous l'avons mentionné dans la Partie IV du présent document de travail, les dispositions de notre *Code criminel*[442] qui régissent actuellement l'analyse d'haleine en sont un exemple.

Après avoir examiné les possibilités offertes relativement aux méthodes d'investigation scientifiques qu'il approuvait dans son rapport, publié en 1978 et intitulé *Report on Bodily Examination and Samples as a Means of Identification*, le comité sur la réforme du droit pénal de la Nouvelle-Zélande s'est finalement prononcé majoritairement en faveur de la première solution, à savoir le recours à la force d'une manière raisonnable. Comme l'a expliqué le comité:

> [TRADUCTION]
> Finalement ... nous avons décidé qu'il était nécessaire de permettre le recours à la force nécessaire d'une manière raisonnable pour exécuter un ordre, même si cela devait obliger à maîtriser toute résistance physique[443].

Le comité a ajouté:

> [TRADUCTION]
> Nous en sommes arrivés à cette conclusion après avoir constaté la faiblesse des autres solutions qui s'offraient à nous. Lorsque le refus d'obtempérer à un ordre émane d'un suspect qui n'a pas été mis en

état d'arrestation, l'obtention d'éléments de preuve nécessaires pour intenter un procès pourrait s'avérer impossible et, par voie de conséquence, il serait impossible de tirer une conclusion défavorable de son refus lors de son procès. Par ailleurs, si le refus constituait un outrage ou une infraction distincte, cela aurait pour effet de permettre au suspect de choisir l'infraction dont il serait inculpé — l'infraction faisant l'objet de l'enquête (qui pourrait être un meurtre) ou l'infraction moins grave que constitue le refus d'obtempérer à un ordre ou l'outrage. Bien entendu, une telle situation serait contraire au but visé par les méthodes[444].

Enfin, le comité a conclu:

[TRADUCTION]
Par conséquent, nous recommandons que la personne qui, en vertu de l'ordonnance, est autorisée à procéder à l'examen du sujet ou à prélever l'échantillon, de même que tout agent de police qui assiste cette personne, aient le droit d'employer la force nécessaire d'une manière raisonnable pour procéder à l'examen du sujet ou prélever les échantillons mentionnés dans l'ordonnance[445].

Nous pensons toutefois que le recours à la force nécessaire d'une manière raisonnable ne serait pas pratique dans le cas des méthodes d'investigation scientifiques qui nécessitent la participation active du prévenu (voir la Partie II.B ci-dessus). Toute mesure coercitive visant à contraindre une personne à participer activement à l'application d'une méthode, serait nécessairement de l'intimidation physique plutôt que de la force raisonnable.

Dans son rapport publié en 1981, la Commission royale d'enquête sur la procédure pénale au Royaume-Uni estime que la meilleure façon d'assurer la participation volontaire des personnes à l'application des méthodes d'investigation scientifiques dépend de la nature de la méthode en question. D'après la Commission,

[TRADUCTION]
[d]ans certaines circonstances, il serait souhaitable que la police soit en mesure de prélever des échantillons d'un suspect ou de lui faire subir un examen médical sans son consentement. Toutefois, en ce qui concerne certaines substances corporelles comme le sang, le sperme ou l'urine, on voit difficilement comment les méthodes qui permettent ces prélèvements peuvent être appliquées et même être acceptables avec ou sans autorisation judiciaire[446].

De l'avis de la Commission,

[TRADUCTION]
[l]e recours à la contrainte physique en vue d'obtenir des substances internes comme du sang ou du sperme nous paraît choquant et aucun membre de cette Commission ne recommande que cette façon d'obtenir des prélèvements soit sanctionnée[447].

Par ailleurs, la Commission estime que

[TRADUCTION]
lorsque la méthode ne porte pas autant atteinte à l'intimité d'une personne comme, par exemple, l'examen médico-légal des ongles, le prélèvement de cheveux ou même de la salive, nous croyons que ce type d'examen physique ou de prélèvement devrait être permis au moyen de la contrainte physique, en particulier lorsque les éléments de preuve recherchés tendent à prouver ou à réfuter la participation du suspect à la perpétration d'une infraction grave. Selon nous, cette façon de procéder ne constitue pas une atteinte plus grave à l'intégrité physique du suspect que ne l'est une fouille comme celle que nous avons décrite au paragraphe 3.118[448].

Nous pensons que la question de savoir quelles sont les mesures appropriées ne peut être considérée isolément et que l'idéal serait d'envisager la question en tenant compte d'au moins trois critères: a) la gravité de l'infraction, b) le degré d'atteinte que comporte la méthode d'investigation scientifique envisagée et c) la force probante des éléments de preuve qui peuvent être obtenus par l'application de cette méthode.

F. La responsabilité des personnes chargées de l'application des méthodes d'investigation scientifiques

Il va sans dire que la personne qualifiée agissant en vertu des dispositions de tout régime légal proposé pour les méthodes d'investigation scientifiques devrait être à l'abri de toute responsabilité[449]. Comme nous l'avons déjà dit, différentes lois canadiennes renferment ce type de dispositions relativement à certaines méthodes d'investigation scientifiques qui sont autorisées.

G. La responsabilité en cas de manquement à l'obligation d'appliquer des méthodes d'investigation scientifiques

Il faut également se demander quelle obligation légale (s'il en est) devrait incomber aux médecins et autres personnes qualifiées relativement à l'application des méthodes d'investigation scientifiques. Sur ce point, il semble que trois solutions différentes s'offrent à nous. La première serait d'obliger légalement les médecins (ainsi que d'autres personnes) à appliquer, dans certains cas, certaines méthodes d'investigation scientifiques. Ce type de dispositions a été adopté par au moins un État du Commonwealth relativement aux prélèvements sanguins en cas d'accident de la circulation[450]. La seconde solution serait d'obliger les médecins à appliquer certaines méthodes d'investigation scientifiques seulement lorsqu'ils sont sommés de le faire par un agent de police. (Dans les faits, cette solution étendrait la portée de l'alinéa 118*b*) du *Code criminel* qui rend coupable d'une infraction quiconque «omet, sans excuse raisonnable, de prêter main-forte à un fonctionnaire public ou à un agent de la paix qui exécute son devoir en arrêtant quelqu'un ou en préservant la paix, après un avis raisonnable portant qu'il est requis de le faire ...».) Ce type de dispositions a été adopté dans au moins un État du Commonwealth relativement aux prélèvements sanguins en cas d'accident de la circulation[451]. La troisième solution, qui est celle que nous préconisons, serait de renoncer définitivement à l'adoption d'une disposition obligeant les médecins, ou toute autre personne n'exerçant pas cette fonction au service du gouvernement, à appliquer une méthode d'investigation scientifique. Nous pensons que le fait d'obliger des médecins à exercer leur profession dans le cadre des enquêtes criminelles et de l'application de la loi constituerait à la fois une atteinte injustifiée aux droits individuels des médecins de la pratique privée et, dans certains cas, une atteinte déraisonnable au lien spécial qui existe entre le médecin et son patient.

H. L'alcool, la drogue et la conduite des véhicules — Considérations spéciales

Le recours à certaines méthodes d'investigation scientifiques dans le cas des infractions relatives à la conduite en état de

facultés affaiblies par l'alcool ou la drogue comporte des aspects très particuliers. En fait, on peut prétendre qu'il est nécessaire de placer les conducteurs de véhicules à moteur, en particulier les conducteurs qui ont consommé des drogues ou de l'alcool, en dehors des règles générales afin de maintenir l'«équilibre entre les libertés individuelles et le souci de donner à l'État les pouvoirs lui permettant de prévenir et de réprimer le crime de façon efficace ...[452]». On peut, à juste titre, présumer que ces personnes ont renoncé à certains droits. Selon nous, étant donné que la conduite avec des facultés affaiblies comporte un danger très grave pour le public en général, ces personnes devraient, en toute justice, faire l'objet de procédures plus spécifiques.

(1) Le problème

Nombreux sont ceux qui jugent les dispositions actuelles du *Code* concernant l'alcooltest inacceptables, à tout le moins sous deux rapports importants. En premier lieu, se pose le problème des conducteurs qui, à cause de leur état physique (par exemple, des problèmes respiratoires ou une blessure à la bouche) ou de leur état mental (par exemple, l'inconscience) sont incapables de fournir un échantillon d'haleine. Bien que l'alcoolémie puisse être déterminée objectivement par l'analyse d'autres substances que l'haleine, le *Code criminel* prévoit expressément au paragraphe 237(2) que

> [n]ul n'est tenu de donner un échantillon de sang, d'urine ou d'une autre substance corporelle pour analyse chimique aux fins du présent article si ce n'est en ce qui a trait à l'haleine selon les prescriptions des articles 234.1, 235 ou 240.1, et la preuve qu'une personne a fait défaut ou refusé de donner cet échantillon ou que l'échantillon n'a pas été prélevé, n'est pas admissible; de plus, un tel défaut ou refus ou le fait qu'un échantillon n'a pas été prélevé ne saurait faire l'objet de commentaires par qui que ce soit au cours des procédures.

En l'absence d'autorisation légale, et à moins d'avoir obtenu au préalable le consentement de la personne, le prélèvement de sang, d'urine ou d'autres substances corporelles constituerait des voies de fait[453]. En outre, comme l'indiquent les articles 234.1, 235, 237, 240.1 et 240.3, lorsque le prévenu est en mesure d'invoquer une «excuse raisonnable», son refus de fournir un échantillon d'haleine ne peut être utilisé en preuve et ne peut entraîner pour lui des conséquences pénales.

En second lieu, le fait que seuls des échantillons d'haleine puissent être exigés du prévenu met en lumière l'autre grande lacune des dispositions actuelles, c'est-à-dire les difficultés qui se posent lorsque l'intoxication ou la cause de celle-ci ne peut être déterminée avec certitude au moyen de l'alcootest (lorsque l'intoxication résulte d'autres drogues que l'alcool, par exemple)[434].

(2) Les différentes solutions

On peut envisager diverses solutions afin de résoudre les difficultés que nous venons de décrire. L'examen de chacune de ces possibilités soulève deux questions: l'extension de la catégorie des substances corporelles pouvant être prélevées et les méthodes d'application.

a) L'extension de la catégorie des substances corporelles pouvant être prélevées

Il existe un certain nombre de liquides et de tissus corporels qui, à l'instar des échantillons d'haleine, peuvent être analysés afin de prouver l'ingestion de substances intoxicantes. Parmi les plus utiles, on compte le sang, l'urine, l'humeur vitrée, le contenu de l'estomac et les tissus hépatiques[435]. Du point de vue du droit pénal, cependant, l'analyse de ces substances a une utilité limitée en raison, d'une part, des problèmes pratiques évidents que pose le prélèvement d'échantillons appropriés sur des personnes vivantes et, d'autre part, de la difficulté d'établir avec certitude un lien de causalité entre les résultats des analyses chimiques des prélèvements et le degré d'intoxication, le cas échéant, lors de la perpétration de l'infraction. Qu'il nous suffise de dire que, de toutes les substances que nous avons considérées, le sang et l'urine sont les seules (outre l'haleine) dont le prélèvement, *dans certaines conditions*, nous paraisse acceptable, tant du point de vue pratique que du point de vue scientifique. Cette opinion semble également prévaloir dans les pays du Commonwealth où l'on a adopté des dispositions législatives permettant le prélèvement, sur les conducteurs de véhicules, d'autres substances que l'haleine[436]. Afin de déterminer la valeur relative des analyses du sang et de l'urine, aux fins du droit pénal, il est nécessaire d'examiner trois questions fondamentales: (1) la mesure dans laquelle la présence et le taux d'alcool ou d'autres drogues peuvent être déterminés dans chaque cas; (2) la mesure dans laquelle le taux, le cas échéant, d'alcool ou

d'autres drogues établi par l'analyse peut être utilisé en vue de déterminer le taux d'alcool ou d'autres drogues dans le sang lors de la perpétration de l'infraction; et (3) la mesure dans laquelle on peut tirer du taux d'alcool ou d'autres drogues dans le sang lors de la perpétration de l'infraction, des conclusions valables concernant l'état du prévenu.

La détermination de la présence et, le cas échéant, du taux d'alcool ou d'autres drogues

Comme nous l'avons mentionné dans la Partie II du présent document de travail, la présence et, le cas échéant, le taux d'alcool dans un échantillon de sang ou d'urine, peuvent être déterminés avec certitude et précision grâce à un certain nombre de méthodes scientifiques modernes[457]. De même, la présence, la nature et le taux d'une drogue (ou d'un métabolite de celle-ci) dans un échantillon de sang ou d'urine peuvent, dans bien des cas, être déterminés avec exactitude, encore que dans ce contexte, ces analyses comportent des limites intrinsèques et soulèvent des problèmes imputables à un certain nombre de facteurs[458].

L'utilisation du taux établi par l'analyse afin de déterminer le taux d'alcool ou d'autres drogues dans le sang lors de la perpétration de l'infraction

On reconnaît généralement qu'il est très difficile de déterminer a posteriori l'alcoolémie précise du prévenu lors de la perpétration de l'infraction (c'est-à-dire au moment où le prévenu conduisait un véhicule à moteur ou en avait la garde à l'arrêt) à partir du taux d'alcool présent dans un échantillon de sang[459]. Cependant, comme dans la plupart des cas, l'échantillon est prélevé au moment où le taux d'alcool dans le sang a déjà commencé à diminuer[460], la présomption établie à l'alinéa 237(1)*c*.1) du *Code* n'a rien de déraisonnable dans la mesure où elle favorise généralement le prévenu. En effet, voici la teneur de cette disposition:

> lorsqu'un échantillon de sang du prévenu a été prélevé, le plus tôt possible après le moment de la perpétration de l'infraction alléguée et en tous les cas au plus tard deux heures après le résultat de l'analyse chimique de l'échantillon constitue, en l'absence de preuve contraire, une preuve du taux d'alcoolémie du prévenu au moment de l'infraction présumée ...

Cependant, comme les processus de l'absorption et de l'élimination des drogues autres que l'alcool peuvent être beaucoup plus complexes, on peut difficilement justifier, tant sur le plan de la logique que sur celui de l'équité, l'application d'une présomption semblable lorsqu'il s'agit de déterminer la concentration d'une drogue dans le sang. La capacité d'un témoin expert de déterminer la concentration d'une drogue dans le sang à partir d'un prélèvement sanguin dépend d'un certain nombre de facteurs et varie d'une affaire à l'autre.

L'analyse de l'urine est encore plus aléatoire que celle du sang lorsqu'il s'agit de déterminer a posteriori le taux d'alcool ou d'une drogue. En effet, il peut être très difficile d'interpréter les résultats de l'analyse à cause, notamment, de facteurs comme le contenu de la vessie avant l'absorption de drogues ou d'alcool, et le temps qui s'est écoulé depuis la dernière évacuation du contenu de la vessie[461]. Bien que dans le cas du dépistage de l'alcool, ces difficultés puissent, dans une large mesure être résolues par le prélèvement de deux échantillons[462], la détermination de la concentration d'une drogue dans l'urine pose des problèmes beaucoup plus importants[463].

La possibilité de tirer, du taux d'alcool ou de drogues dans le sang lors de la perpétration de l'infraction, des conclusions valables sur l'état du prévenu

Il est relativement bien établi que les drogues autres que l'alcool peuvent affaiblir les facultés nécessaires à la conduite prudente. Toutefois, il n'existe à l'heure actuelle aucune méthode valable et reconnue pour dépister et mesurer les effets des drogues autres que l'alcool sur la conduite des véhicules[464]. En revanche, la quantité de données expérimentales dont nous disposons est beaucoup plus grande en ce qui a trait aux effets de la consommation d'alcool sur l'aptitude à conduire un véhicule[465]. C'est sans doute pour cette raison que les dispositions actuelles du *Code criminel* établissent une sorte de présomption légale concernant les effets d'une quantité d'alcool supérieure à 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang[466]. Bien qu'il puisse sembler hasardeux d'établir de telles présomptions relativement aux effets de quantités déterminées de drogues autres que l'alcool (surtout si l'on songe au nombre de drogues qui peuvent affaiblir les facultés[467]), cela ne constitue pas, selon nous, un obstacle à

l'adoption de dispositions concernant l'analyse de substances corporelles en vue de déterminer l'effet de la consommation de drogues autres que l'alcool. En effet, comme nous l'avons souligné dans la Partie III du présent document de travail, il est possible d'avoir recours aux dispositions actuelles concernant l'alcooltest en vue de recueillir des éléments de preuve démontrant la perpétration de l'infraction de conduite avec facultés affaiblies, encore que la preuve de l'alcoolémie ne soit pas, en soi, suffisante pour démontrer l'affaiblissement de la capacité de conduire au sens des dispositions de l'article 234 ou du paragraphe 240(4) du *Code*[468], et que le témoignage d'un expert puisse être nécessaire afin d'établir un lien de causalité entre l'alcoolémie du prévenu et l'affaiblissement de ses facultés[469]. Chose plus importante encore, dans bon nombre de cas, pour ne pas dire la plupart, il est extrêmement difficile pour un expert de tirer des conclusions sur l'affaiblissement de la capacité de conduire à partir de la seule concentration d'une drogue dans le sang[470]. Nous estimons toutefois que la difficulté de relier l'affaiblissement de la capacité de conduire à la présence d'une drogue dans le sang ne réduit en rien la valeur que peut avoir l'analyse du taux de drogue dans le sang à titre de corroboration ou d'explication, dans des cas où il existe d'autres preuves de l'affaiblissement des facultés. Cette hypothèse a été reconnue par la Commission de réforme du droit de l'Australie en 1976. Après avoir souligné que

> [TRADUCTION]
> dans l'état actuel des connaissances scientifiques, et eu égard au matériel et aux procédés actuels, le seul mode de contrôle législatif satisfaisant réside dans l'infraction qui consiste à conduire sous l'influence de drogues, ou à conduire sous l'influence de l'alcool ou de drogues[471],

la Commission a ajouté qu'il était

> [TRADUCTION]
> opportun de prévoir les progrès techniques et éventuels dans ce domaine et en conséquence, d'adopter des dispositions suivant lesquelles les suspects puissent être tenus, dans certains cas et suivant des limites appropriées, de fournir des échantillons de substances corporelles[472].

De l'avis de la Commission,

> [TRADUCTION]
> la loi devrait, dans la mesure du possible, tenir compte du développement de méthodes permettant de déterminer, par l'analyse

de substances corporelles, la présence et la quantité de drogues présentes dans le corps humain, lorsque l'alcooltest, les aveux ou les autres types de preuves ne suffisent pas à expliquer le comportement du prévenu[473].

b) Les méthodes d'application

Comme nous l'avons mentionné précédemment, il existe essentiellement trois façons d'assurer l'application d'un mécanisme légal ayant pour objet l'analyse des substances corporelles. La première consiste à édicter une peine pour le défaut ou le refus injustifiés d'obtempérer à une demande légale d'échantillon. Cette méthode a été adoptée dans les dispositions actuelles du *Code* concernant l'alcooltest. Elle a également été utilisée pour l'application des exigences relatives au prélèvement d'autres substances corporelles dans certains pays du Commonwealth[474]. La deuxième façon consiste à rendre recevable dans les procédures judiciaires la preuve de tout défaut ou refus déraisonnable, et à permettre au tribunal de tirer de ce fait des conclusions défavorables à l'accusé. Encore une fois, nous avons déjà parlé de cette méthode lorsque nous avons expliqué les dispositions du *Code* concernant l'alcooltest. Du reste, dans d'autres pays, la loi permet de tirer des conclusions défavorables à l'accusé, par suite du défaut injustifié de celui-ci de fournir des échantillons de substances corporelles[475]. La troisième et dernière façon réside dans la possibilité de recourir à la force dans une mesure raisonnable. Bien qu'à l'heure actuelle, cette méthode ne puisse être utilisée au Canada afin de prélever des substances corporelles sur les automobilistes, il est toutefois possible d'avoir recours à la force, dans une mesure raisonnable, dans des circonstances analogues comme, par exemple, le prélèvement d'empreintes digitales en vertu des dispositions de l'article 2 de la *Loi sur l'identification des criminels*[476].

Nous sommes d'avis que ni l'établissement d'une peine ni la possibilité de tirer des conclusions défavorables au prévenu ne sont des solutions appropriées lorsque l'on cherche à obtenir des échantillons d'urine. En effet, si le défaut ou le refus d'obtempérer à une demande légale d'échantillons d'haleine peut très rarement être raisonnable, on ne peut en dire autant du cas où l'on cherche à obtenir un échantillon d'urine. En effet, contrairement à l'haleine, l'urine ne peut être produite sur demande[477], de sorte qu'en cas de défaut ou de refus d'obtempérer, il serait difficile, voire impossible, de démontrer le caractère déraisonnable du défaut ou du refus.

Bien que le procédé du cathétérisme puisse en théorie constituer une solution, nous voyons mal comment on pourrait juger déraisonnable le refus de se soumettre à un acte aussi déplaisant. Par ailleurs, il est manifestement hors de question de permettre le recours à la force, surtout si l'on considère la valeur probante limitée des échantillons d'urine (dont nous avons déjà parlé) et les dispositions des articles 7, 8 et 12 de la *Charte*.

En ce qui concerne les prises de sang, nous croyons que l'on peut beaucoup plus facilement justifier l'établissement d'une peine pour le cas de défaut ou de refus d'obtempérer. La veinopuncture (sans doute la méthode la plus satisfaisante pour prélever des échantillons de sang en vue du dépistage de drogues ou d'alcool) est un procédé médical très courant qui, lorsqu'il est exécuté par des personnes compétentes et dans les conditions appropriées, est relativement peu dangereux et peu douloureux[478]. Au demeurant, cette méthode peut permettre d'obtenir des éléments de preuve pertinents qui, dans bon nombre de cas, ont une très grande valeur probante. Toutefois, nous ne recommandons pas que la loi permette au tribunal de tirer des conclusions défavorables[479] du défaut ou du refus déraisonnable du prévenu de se soumettre à une prise de sang. En effet, ce défaut ou ce refus pourrait en fait reposer sur divers motifs n'ayant aucun rapport avec la culpabilité, indépendamment de leur caractère raisonnable.

En outre, nous sommes d'avis que le recours à la force, même dans une mesure raisonnable, ne devrait pas être sanctionné par la loi lorsque l'on cherche à prélever des échantillons de sang dans le cas des infractions prévues aux articles 234, 236 et 240.2, de même qu'au paragraphe 240(4) du *Code*. Le recours à la force pour faire des prises de sang peut être justifiable dans le cadre d'enquêtes relatives à des infractions plus graves, mais seulement dans des cas exceptionnels et avec une autorisation judiciaire préalable, étant donné les risques sur le plan de la sécurité et la grave atteinte à l'intégrité corporelle qu'il entraîne.

Nous nous sommes également interrogés sur la question de savoir si la loi devrait permettre le prélèvement d'échantillons de sang sur les automobilistes inconscients. À notre avis, de tels prélèvements devraient être autorisés dans le cas où un agent de la paix est fondé à croire qu'un automobiliste inconscient a commis une infraction liée à la consommation d'alcool et visée par les articles 234, 236, 240.2 ou le paragraphe 240(4) du *Code criminel*.

Nous nous abstenons toutefois de faire une pareille recommandation dans le cas des infractions liées à l'affaiblissement de la capacité de conduire un véhicule par l'effet d'une drogue (autre que l'alcool), étant donné la valeur probante limitée de l'analyse sanguine dans ce contexte, dont nous avons déjà fait état.

Plusieurs arguments peuvent bien sûr être invoqués au soutien de la position contraire. On pourrait prétendre, en premier lieu, qu'à moins de justification thérapeutique, la prise de sang est susceptible de mettre en péril la santé et, éventuellement, la vie de la personne. En deuxième lieu, permettre le prélèvement d'échantillons de sang sur les conducteurs sans leur consentement reviendrait à désavantager les conducteurs inconscients par rapport aux autres, qui, tout en étant peut-être passibles d'une sanction pénale, auraient la possibilité de refuser de se soumettre à cet acte. Enfin, on allèguera qu'une disposition particulière du type envisagé ne répond pas à une nécessité véritable: dans le cas où les échantillons seraient prélevés au cours d'un traitement médical approprié, il serait toujours possible de les saisir et de les analyser ultérieurement[480]. Les articles 7, 8, 12 et le paragraphe 15(1) de la *Charte* pourraient venir renforcer ces arguments. Tout bien pesé, cependant — et compte tenu de l'ampleur du problème que posent au Canada les conducteurs en état d'ébriété, en particulier les récidivistes — nous ne les jugeons pas convaincants. D'abord, comme nous l'avons mentionné, les procédés employés afin de prélever des échantillons sanguins sont courants et comportent généralement très peu de risques. Toute inquiétude subsistant à cet égard pourrait être supprimée, selon nous, par l'adoption de dispositions autorisant de tels prélèvements non thérapeutiques, a) dans le cas d'une personne hospitalisée ou recevant un traitement médical d'urgence, seulement après s'être assuré que le médecin responsable n'y est pas opposé pour des raisons médicales et b) à condition que le prélèvement soit effectué par des personnes qualifiées. Il convient en outre de souligner que si le prélèvement d'échantillons sanguins devait être précédé d'une demande, les automobilistes inconscients (dont l'état d'inconscience résulte souvent d'une intoxication flagrante ou d'un accident grave) se trouveraient favorisés par rapport aux autres automobilistes. Cela pourrait même inciter les conducteurs en état d'ébriété à feindre l'inconscience afin d'éviter qu'on leur demande un échantillon sanguin. Nous estimons en outre que pour être efficaces, les poursuites intentées contre des conducteurs en état d'ébriété ayant causé de graves accidents ne devraient pas reposer sur la possibilité

d'obtenir, sans contrôle de la part des personnes chargées de l'application de la loi ou de leurs préposés, des éléments de preuve suffisants sous la forme d'échantillons sanguins inutilisés. Le prélèvement d'échantillons de sang sur les automobilistes inconscients nous paraît parfaitement justifiable, pourvu qu'il s'effectue dans les conditions déjà invoquées, en vertu d'un mandat obtenu pour des motifs raisonnables et probables, et compte tenu des dispositions de l'article premier de la *Charte*[48].

I. Nos recommandations

Au terme de notre étude, nous avons formulé un certain nombre de recommandations relatives au régime légal que nous proposons pour l'application des méthodes d'investigation scientifiques. Ces recommandations ne sont pas censées constituer un projet de codification complet et détaillé des méthodes d'investigation scientifiques, mais elles constituent tout au moins des principes directeurs qui, nous l'espérons, seront utiles dans l'établissement d'un régime légal. Outre nos recommandations générales, nous avons ajouté certaines recommandations précises visant l'application des méthodes d'investigation scientifiques dans le cas des infractions relatives à la conduite en état de facultés affaiblies par l'alcool ou la drogue.

Il importe de souligner que le régime que nous proposons pour les méthodes d'investigation scientifiques *ne doit pas* être interprété comme une recommandation suivant laquelle le respect des formalités édictées entraîne automatiquement l'admissibilité des éléments de preuve obtenus par l'application de ces méthodes.

Voici nos recommandations:

(1) Dispositions générales

a) Définitions

RECOMMANDATION

1. Aux fins de la codification législative, le terme «méthode d'investigation scientifique» devrait désigner l'une des quatre catégories de méthodes décrites aux recommandations 3 à 6 ci-dessous.

Cette recommandation, lue conjointement avec les recommandations 3 à 6, a pour but de limiter le nombre de méthodes d'investigation scientifiques qui peuvent être appliquées sans le consentement de la personne visée et sans que les personnes chargées de leur application engagent leur responsabilité.

RECOMMANDATION

2. Aux fins de la codification législative, toutes les catégories de méthodes d'investigation scientifiques devraient être définies de façon à exclure:

a) toute méthode qui ne nécessite ni un contact physique avec la personne visée ni une collaboration volontaire de la part de la personne visée; et

b) toute méthode d'identification à laquelle une personne déclarée coupable d'une infraction criminelle peut être soumise dans une prison ou dans un pénitencier.

Cette recommandation a pour but de souligner qu'il n'est aucunement question de réglementer les méthodes: a) qui ne portent aucunement atteinte à l'intégrité physique ou mentale de la personne visée; ou b) qui ne sont pas, à proprement parler des méthodes d'«investigation», étant donné qu'elles ne sont appliquées qu'une fois les poursuites terminées.

RECOMMANDATION

3. (1) Sous réserve du paragraphe (2) de la présente recommandation, aux fins de la codification législative, une méthode d'investigation de la catégorie I devrait désigner exclusivement les méthodes suivantes:

a) l'examen corporel de la personne visée dans le seul but de découvrir les caractéristiques permettant son identification qui, autrement, ne seraient pas visibles à l'œil nu comme, par exemple, les tatouages, les blessures, les cicatrices, les taches de naissance ou autres particularités physiques, etc.;

b) l'examen médical de la personne visée (pourvu qu'il ne comporte pas de prélèvement ou tentative de prélèvement de substances corporelles internes, ni intervention chirurgicale, ni radiographies ou fluoroscopie, ni administration d'une drogue ou d'une autre substance);

c) les photographies de la personne visée;

d) la prise d'empreintes d'une partie externe du corps de la personne visée;

e) le prélèvement d'échantillons de cheveux de la personne visée;

f) le prélèvement des rognures et le curage des ongles de la personne visée; et

g) le prélèvement ou la tentative de prélèvement de résidus ou de substances corporelles externes de la personne visée au moyen de lavements, de tampons ou de matériaux adhésifs.

(2) Nonobstant le paragraphe (1) de la présente recommandation, aux fins de la codification législative, les méthodes d'investigation de la catégorie I devraient être définies de manière à exclure toute méthode obligeant la personne visée à exposer ses parties sexuelles.

Cette recommandation a pour but de dégager les méthodes d'investigation scientifiques qui pourraient être obligatoires et qui, selon nous, comportent l'atteinte la moins grave à l'intégrité physique de la personne visée, de manière à permettre d'élaborer pour ces méthodes une série de modalités distinctes.

RECOMMANDATION

4. Aux fins de la codification législative, les méthodes d'investigation de la catégorie II devraient désigner exclusivement les méthodes suivantes:

a) l'examen corporel de la personne visée (tel que défini de façon restrictive à l'alinéa 3(1)a)) au cours duquel cette dernière se voit obligée d'exposer ses parties sexuelles;

b) l'examen médical (tel que défini de façon restrictive à l'alinéa 3(1)b)) au cours duquel la personne visée se voit obligée d'exposer ses parties sexuelles, pourvu qu'un tel examen ne comporte pas le prélèvement ou une tentative de prélèvement de substances sur les parties sexuelles de la personne visée;

c) le prélèvement d'échantillons de salive; et

d) la prise d'empreintes dentaires ou d'empreintes de morsure.

Cette recommandation a pour but de dégager les méthodes d'investigation scientifiques qui pourraient être obligatoires et qui, selon nous, comportent une atteinte bénigne à l'intégrité physique de la personne visée, de manière à permettre d'élaborer pour ces méthodes une série de modalités distinctes.

RECOMMANDATION

5. Aux fins de la codification législative, les méthodes d'investigation de la catégorie III devraient désigner les prélèvements d'échantillons de sang sur la personne visée.

Cette recommandation a pour but de dégager les méthodes d'investigation scientifiques qui pourraient être obligatoires et qui, selon nous, comportent l'atteinte la plus grave à l'intégrité physique de la personne visée, de manière à permettre d'élaborer pour ces méthodes une série de modalités distinctes. Compte tenu de la gravité de l'atteinte que comporte cette méthode, nous tenons à souligner la nature provisoire de la recommandation 5. Si cette recommandation devait être écartée, le prélèvement d'échantillons de sang deviendrait automatiquement une méthode d'investigation de la catégorie IV et, par voie de conséquence, ne serait autorisé qu'avec le consentement de la personne visée (voir ci-dessous).

RECOMMANDATION

6. Aux fins de la codification législative, les méthodes d'investigation de la catégorie IV devraient désigner toute méthode (à l'exclusion de l'interrogatoire simple, de la surveillance, de la perquisition dans un lieu et de la fouille d'une personne pour trouver des objets dissimulés ou des substances étrangères) qui n'entre pas dans la catégorie I, II ou III, au moyen de laquelle une personne en situation d'autorité ou son représentant cherche à obtenir d'un suspect ou d'un prévenu, à l'égard d'une infraction criminelle, des renseignements ou des éléments de preuve concernant:

a) l'état physique ou mental ou les caractéristiques de cette personne;

b) l'infraction en cause; ou

c) l'endroit où se trouvent des éléments de preuve de l'infraction en cause.

Cette recommandation a pour but de dégager les méthodes d'investigation scientifiques qui, par nature, ne peuvent ou ne devraient pas être appliquées sans le consentement des personnes visées, en employant la force d'une manière raisonnable, afin de permettre d'élaborer pour ces méthodes une série de modalités distinctes. Font partie de cette catégorie les méthodes qui, manifestement, nécessitent la participation active de la personne visée ainsi que les méthodes qui ne peuvent être classées dans les autres catégories en raison de la gravité exceptionnelle de l'atteinte qu'elles comportent ou parce que leur fiabilité sur le plan scientifique n'a pas été prouvée d'une manière satisfaisante.

b) Procédure

RECOMMANDATION

7. Sauf exception prévue par les présentes recommandations, il devrait être légalement interdit de recourir à des méthodes d'investigation scientifiques dans le cadre d'enquêtes sur des infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité, à moins que la personne visée n'y ait donné son consentement.

Cette recommandation s'explique d'elle-même. Comme nous l'avons mentionné précédemment, nous croyons que le recours à des méthodes d'investigation scientifiques obligatoires ne devrait généralement être permis que dans le cadre d'enquêtes relatives à des infractions plus graves (c'est-à-dire les actes criminels).

RECOMMANDATION

8. Les méthodes d'investigation de la catégorie I (telles que définies à la recommandation 3) ne devraient en aucun cas être autorisées à moins:

a) que la personne visée n'y ait consenti; ou

b) que la personne visée n'ait été arrêtée ou inculpée d'une infraction, et que

i) un agent de la paix n'ait des motifs raisonnables et probables de croire que le recours à la méthode d'investigation scientifique envisagée fournira probablement la preuve de l'infraction en question ou des éléments de preuve relatifs à cette infraction, ou

ii) **qu'un agent de la paix n'ait des motifs raisonnables et probables de douter que l'identité de la personne visée a été établie avec une certitude suffisante, et des motifs raisonnables et probables de croire que la méthode d'investigation envisagée permettra probablement d'établir l'identité de cette personne.**

Cette recommandation a pour but de permettre aux agents de la paix d'obliger une personne à se soumettre aux méthodes d'investigation scientifiques de la catégorie I (voir la recommandation 12) seulement si l'application de telles méthodes est utile aux fins de l'enquête. Étant donné que les méthodes en question comportent une atteinte plutôt bénigne à l'intégrité de la personne visée, le critère n'est pas très sévère, encore qu'il devrait permettre d'éviter l'application de méthodes d'investigation arbitraires ou à l'aveuglette.

RECOMMANDATION

9. (1) Les méthodes d'investigation de la catégorie II (telles que définies à la recommandation 4) ne devraient en aucun cas être autorisées, sauf:

a) **si la personne visée donne son consentement; ou**

b) **en vertu d'une ordonnance rendue par un juge après l'arrestation ou l'inculpation de la personne visée; ou**

c) **en vertu de l'autorisation écrite d'un «fonctionnaire responsable» selon la définition donnée par le *Code criminel*.**

(2) Un fonctionnaire responsable ne devrait en aucun cas avoir le pouvoir d'autoriser l'application d'une méthode d'investigation de la catégorie II à moins:

a) **que la personne visée n'ait été arrêtée ou n'ait été inculpée d'une infraction;**

b) **qu'il n'ait des motifs raisonnables et probables de croire que la méthode d'investigation envisagée fournira probablement la preuve de l'infraction en question ou des éléments de preuve relatifs à cette infraction; et**

c) **qu'il n'ait des motifs raisonnables et probables de croire que le fait de demander à un juge de rendre une ordonnance**

entraînerait des délais susceptibles de causer la destruction ou la disparition des éléments de preuve recherchés.

(3) Un juge ne devrait en aucun cas avoir le pouvoir de rendre une ordonnance autorisant l'application d'une méthode d'investigation scientifique à moins:

a) que la personne visée par la méthode d'investigation proposée n'ait été arrêtée ou inculpée d'une infraction; et

b) à moins qu'il n'existe des motifs raisonnables et probables de croire que la méthode envisagée fournira probablement la preuve de l'infraction en question ou des éléments de preuve relatifs à cette infraction.

Cette recommandation a pour but de permettre aux policiers d'obliger les personnes visées à se soumettre aux méthodes d'investigation de la catégorie II (voir la recommandation 12) seulement lorsque celles-ci sont utiles aux fins de l'enquête. Toutefois, dans ce cas-ci, l'application de ce type de méthodes fait l'objet d'une surveillance plus étroite étant donné qu'elle porte plus atteinte à l'intégrité de la personne visée que les méthodes de la catégorie I. En vertu de cette recommandation, il est nécessaire d'obtenir une ordonnance judiciaire qui ne peut être rendue que dans des circonstances exceptionnelles.

RECOMMANDATION

10. Sauf exception prévue par les présentes recommandations, l'application d'une méthode d'investigation de la catégorie III (telle que définie à la recommandation 5) ne devrait en aucun cas être permise si ce n'est:

a) avec le consentement de la personne visée; ou

b) en vertu d'une ordonnance rendue par un juge après l'arrestation ou l'inculpation de la personne visée.

Encore une fois, le but de cette recommandation est de permettre aux policiers d'obliger les personnes visées à se soumettre aux méthodes d'investigation de la catégorie III (voir la recommandation 12) seulement lorsque de telles méthodes sont utiles aux fins de l'enquête. Comme ce type de méthodes comporte, dans les limites permises, la plus grave atteinte à l'intégrité de la

personne visée, il devra faire l'objet d'une surveillance très étroite. Bien que nous n'ayons pas, dans la recommandation 10, précisé les conditions d'obtention d'une ordonnance judiciaire autorisant l'application d'une méthode d'investigation de la catégorie III, nous envisageons l'établissement d'un critère plus sévère que celui proposé dans la recommandation 9. Dans chaque cas particulier, une telle ordonnance ne devrait être rendue qu'après avoir soupesé notamment la gravité de l'atteinte que comporte la méthode envisagée par rapport à la force probante des éléments recherchés.

RECOMMANDATION

11. Sauf exception prévue par les présentes recommandations, l'application d'une méthode d'investigation de la catégorie IV (telle que définie à la recommandation 6) ne devrait en aucun cas être permise à moins que la personne concernée n'ait donné son consentement.

Le but de cette recommandation a déjà été expliqué dans nos commentaires sur la recommandation 6.

RECOMMANDATION

12. Lorsqu'une personne omet ou refuse, sans excuse raisonnable, de se soumettre à l'application d'une méthode d'investigation de la catégorie I, II ou III qui serait légale en vertu des recommandations précitées, il devrait être permis d'employer la force d'une manière raisonnable afin de l'obliger à s'y soumettre.

Cette recommandation s'explique d'elle-même. Étant donné qu'il est question ici d'actes criminels, il est douteux que d'autres moyens de faire respecter ces dispositions (par exemple, permettre au juge de tirer une conclusion défavorable ou établir une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité pour refus ou défaut de collaborer) puissent être efficaces. Cette recommandation ne vise pas à permettre le recours à la force afin d'appliquer une méthode d'investigation à laquelle la personne visée a déjà consenti mais a ensuite retiré son consentement, à moins que l'application de la méthode envisagée ne soit autrement permise en vertu des présentes recommandations.

(2) L'alcool, la drogue et la conduite des véhicules

RECOMMANDATION

13. Lorsqu'un agent de la paix croit, pour des motifs raisonnables et probables qu'une personne est en train de commettre ou a commis au cours des deux heures qui précèdent, l'infraction qui consiste

a) à conduire ou à avoir sous sa garde un véhicule automobile pendant que sa capacité de conduire est affaiblie par l'alcool,

b) à conduire ou à utiliser un bateau [ou à avoir sous sa garde un bateau] pendant que sa capacité de conduire ou d'utiliser un bateau est affaiblie par l'alcool,

c) à conduire ou à avoir sous sa garde un véhicule automobile après avoir consommé une telle quantité d'alcool que son alcoolémie dépasse 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang [,

d) à conduire ou à utiliser un aéronef, à contribuer à la conduite ou à l'utilisation d'un aéronef, ou à avoir sous sa garde un aéronef, pendant que sa capacité de conduire ou d'utiliser un aéronef est affaiblie par l'alcool,

e) à conduire ou à utiliser un bateau ou à avoir sous sa garde un bateau après avoir consommé une telle quantité d'alcool que son alcoolémie dépasse 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang, ou

f) à conduire ou à utiliser un aéronef, à contribuer à la conduite ou à l'utilisation d'un aéronef, ou à avoir sous sa garde un aéronef après avoir consommé une telle quantité d'alcool que son alcoolémie dépasse 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang],

l'agent de la paix devrait être fondé à exiger, par sommation, que cette personne lui fournisse sur-le-champ ou dès que possible par la suite les échantillons d'haleine qui, de l'avis d'un «technicien qualifié» (au sens des dispositions du *Code criminel*), sont nécessaires pour déterminer, au moyen d'une analyse appropriée, le taux, s'il en est, d'alcool dans son sang, et qu'elle l'accompagne afin que ces échantillons puissent être prélevés.

Cette recommandation a essentiellement pour but de reprendre les dispositions des paragraphes 235(1) et 240.1(1) du *Code criminel* portant sur la demande d'échantillons d'haleine, en y ajoutant (entre crochets) la substance des modifications contenues dans le récent projet de *Loi de 1983 modifiant le droit pénal* (introduit par le ministre de la Justice en juillet 1983). Ces passages ont été inclus simplement dans le but de présenter des dispositions complètes. Bien que rien ne s'oppose, à notre avis, à la recherche de l'uniformité dans les règles relatives aux véhicules automobiles, aux bateaux et aux aéronefs, nous n'estimons pas que les mots entre crochets soient indispensables à la recommandation.

RECOMMANDATION

14. Lorsqu'un agent de la paix croit pour des motifs raisonnables et probables qu'une personne est en train de commettre ou a commis au cours des deux heures qui précèdent, l'infraction qui consiste

a) à conduire ou à avoir sous sa garde un véhicule automobile pendant que sa capacité de conduire est affaiblie par une drogue autre que l'alcool,

b) à conduire ou à utiliser un bateau [ou à avoir sous sa garde un bateau] pendant que sa capacité de conduire ou d'utiliser un bateau est affaiblie par une drogue autre que l'alcool [,

c) à conduire ou à utiliser un aéronef, à contribuer à la conduite ou à l'utilisation d'un aéronef, ou à avoir sous sa garde un aéronef pendant que sa capacité de conduire ou d'utiliser un aéronef est affaiblie par une drogue autre que l'alcool]

l'agent de la paix devrait être fondé à exiger, par sommation, que cette personne se soumette sur-le-champ ou dès que possible par la suite aux prises de sang qui, de l'avis d'un médecin qualifié, sont nécessaires pour déterminer, au moyen d'une analyse appropriée, le taux, s'il en est, et la nature de toute drogue se trouvant dans son sang, et qu'elle l'accompagne afin que ces prises de sang puissent être faites.

Cette recommandation a pour but de permettre à l'agent de la paix de demander à une personne de se soumettre à une prise de sang dans les cas semblables à ceux où un échantillon d'haleine peut être exigé, lorsqu'il croit pour des motifs raisonnables et

probables que l'affaiblissement est, en tout ou en partie, imputable à une drogue autre que l'alcool. Cette recommandation est semblable aux dispositions qui ont été adoptées dans d'autres pays du Commonwealth[402]. Elle n'a pas pour effet d'empêcher l'agent de la paix de demander au préalable un échantillon d'haleine en vertu de la recommandation qui précède, lorsque les conditions prévues ont été remplies. Du reste, dans bon nombre de cas, l'agent de la paix pourrait bien ne pas soupçonner la présence d'une drogue autre que l'alcool avant d'avoir procédé à une analyse de l'haleine[403]. Pour ce qui est des mots entre crochets, on pourra se reporter aux commentaires faits à ce sujet à la suite de la recommandation 13.

RECOMMANDATION

15. Sous réserve de la recommandation 17, lorsqu'une personne de qui il serait par ailleurs légal, en vertu de la recommandation 13, d'exiger des échantillons d'haleine est incapable, en raison d'une blessure ou d'une maladie, de fournir de tels échantillons, l'agent de la paix devrait être fondé à exiger, par sommation, que cette personne se soumette sur-le-champ ou dès que possible par la suite aux prises de sang nécessaires, de l'avis d'un médecin qualifié, pour déterminer, au moyen d'une analyse appropriée, le taux, s'il en est, d'alcool se trouvant dans son sang, et qu'elle l'accompagne afin que ces prises de sang puissent être faites.

En vertu de cette recommandation, l'agent de la paix peut demander au prévenu de se soumettre à une prise de sang, dans les cas où il peut actuellement exiger un échantillon d'haleine en vertu des dispositions des paragraphes 235(1) et 240.1(1) du *Code*, lorsque le prévenu est incapable de fournir des échantillons d'haleine en raison d'une blessure ou d'une maladie. On retrouve une disposition semblable au Royaume-Uni[404].

On peut soutenir qu'une telle recommandation contrevient aux dispositions du paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dont voici le libellé: «La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur ... les déficiences physiques». Cependant, si l'on tient pour acquis que le prélèvement sanguin ne comporte aucun risque ni, pour

ainsi dire, aucune douleur, et que l'analyse directe du sang reste encore la façon la plus exacte de déterminer l'alcoolémie, nous sommes d'avis que l'atteinte portée au droit à l'égalité par la mise en œuvre de cette recommandation serait incluse dans les limites raisonnables «dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique» suivant les termes de l'article 1 de la *Charte*.

RECOMMANDATION

16. Sous réserve de la recommandation 18, lorsqu'une personne, de qui un agent de la paix pourrait légalement exiger des échantillons d'haleine en vertu de la recommandation 13, est inconsciente, l'agent de la paix devrait être fondé, s'il est autorisé à cette fin par un mandat, à faire prélever sur cette personne l'échantillon de sang nécessaire, de l'avis d'un médecin qualifié, pour déterminer, au moyen d'une analyse appropriée, le taux, s'il en est, d'alcool dans son sang.

Nous avons déjà expliqué en détail le raisonnement qui est à la base de cette recommandation. Elle a pour but de permettre le prélèvement d'échantillons sanguins sur un conducteur inconscient (qui a, par exemple, été impliqué dans un accident grave) sans le consentement de celui-ci, lorsque l'agent de la paix a des motifs raisonnables et probables de croire que ce conducteur a commis l'une ou l'autre des infractions relatives à la conduite sous l'influence de l'alcool (mais non d'une drogue). Il va sans dire que le mandat dont il est question dans cette recommandation devrait pouvoir être obtenu par téléphone, c'est-à-dire être analogue à celui que nous avons recommandé récemment dans notre rapport au Parlement intitulé *Le mandat de main-forte et le télémandat*[48]. Nous ne pensons pas que l'obtention d'un tel mandat soulèverait les mêmes questions que celles auxquelles il est fait allusion dans nos commentaires sur la recommandation 10. Nous sommes d'avis qu'il s'agit plutôt d'un moyen de s'assurer que les critères ont été remplis.

RECOMMANDATION

17. Lorsqu'une personne de qui il serait par ailleurs légal d'exiger des échantillons d'haleine en vertu de la recommandation 13, ou un échantillon de sang en vertu des recommandations 14 ou 15, a été admise dans un hôpital ou est soumise à un traitement

médical d'urgence, l'agent de la paix ne devrait pas être fondé à exiger de cette personne qu'elle fournisse un échantillon d'haleine ou qu'elle se soumette à une prise de sang, à moins:

a) que l'on ait demandé à son médecin traitant s'il s'oppose à cette demande parce qu'elle est susceptible de nuire aux soins ou au traitement de la personne; et

b) que le médecin traitant ne se soit pas opposé à la demande pour ce motif.

Cette recommandation vise à protéger la santé et la vie des personnes soumises à un traitement médical par suite, notamment, d'un accident de voiture. Elle est semblable à une disposition adoptée au Royaume-Uni[466].

RECOMMANDATION

18. Lorsqu'une personne a été admise dans un hôpital ou est soumise à un traitement médical d'urgence, l'agent de la paix ne devrait pas être fondé, même s'il a obtenu un mandat en vertu de la recommandation 16, à faire prélever un échantillon de sang sur cette personne en vertu de la recommandation 16, à moins:

a) que l'on ait demandé au médecin traitant de la personne s'il s'oppose à cette demande parce qu'elle est susceptible de nuire aux soins ou au traitement de la personne; et

b) que le médecin traitant ne se soit pas opposé à la demande pour ce motif.

À l'instar de la recommandation 17, cette recommandation a pour but de protéger la santé et la vie de la personne visée.

RECOMMANDATION

19. Lorsqu'une personne omet ou refuse, sans excuse raisonnable, d'obtempérer à une demande légale de fournir des échantillons d'haleine ou de se soumettre à une prise de sang, ce défaut ou ce refus déraisonnable devrait constituer une infraction de la même gravité que l'infraction à l'égard de laquelle la demande a été faite.

Cette recommandation reprend tout simplement la teneur des dispositions des paragraphes 235(2) et 240.1(2) du *Code criminel*.

(3) Garanties

RECOMMANDATION

20. Lorsqu'une personne est requise de se soumettre à l'application d'une méthode d'investigation scientifique, la loi devrait lui reconnaître expressément le droit d'être avisée des conséquences éventuelles du défaut ou du refus d'obtempérer à la demande.

Cette recommandation s'explique d'elle-même. Nous avons déjà expliqué en détail, dans la Partie V.C.(1), le raisonnement qui est à la base de cette recommandation.

RECOMMANDATION

21. La loi devrait reconnaître expressément à la personne visée par l'application d'une méthode d'investigation scientifique le droit à la plus grande intimité possible lors de l'application de cette méthode, compte tenu de la nature de celle-ci.

Cette recommandation s'explique d'elle-même.

RECOMMANDATION

22. La personne visée par l'application d'une méthode d'investigation scientifique devrait avoir le droit d'exiger que celle-ci soit appliquée par une personne qualifiée ayant reçu une formation professionnelle à cette fin.

Cette recommandation vise à assurer l'application des méthodes d'investigation scientifiques de la façon la plus sûre et la plus fiable possible. En d'autres termes, aucune méthode d'investigation comportant, par exemple, des actes normalement faits par un médecin, un dentiste, un infirmier ou une infirmière autorisée ou un infirmier ou une infirmière auxiliaire, ne devrait être autorisée à moins qu'un tel acte ne soit fait par une telle personne qualifiée.

RECOMMANDATION

23. La loi devrait reconnaître expressément à la personne visée par l'application d'une méthode d'investigation scientifique le droit

d'exiger que cette méthode soit appliquée de manière à lui causer le moins de désagrément possible compte tenu de la nature de cette méthode ainsi que des circonstances.

Cette recommandation n'exige aucune explication.

RECOMMANDATION

24. Lorsqu'une personne a fourni des échantillons d'haleine conformément à la recommandation 13, la loi devrait lui reconnaître expressément le droit de demander qu'on lui fasse aussi une prise de sang, à moins qu'il ne soit matériellement impossible de procéder à des analyses de sang.

En vertu de cette recommandation, la personne de qui des échantillons d'haleine ont été exigés aurait la possibilité de demander, lorsque cela est possible, que son alcoolémie soit déterminée de la façon la plus exacte qui soit. Dans plusieurs pays du Commonwealth[487], on a adopté des dispositions prévoyant le prélèvement d'échantillons sanguins à la demande de la personne tenue de fournir des échantillons d'haleine.

RECOMMANDATION

25. Lorsqu'une personne est fondée à demander qu'on lui fasse des prises de sang, la loi devrait lui reconnaître expressément le droit d'en être informée.

Cette recommandation s'explique d'elle-même. Encore une fois, nous avons déjà expliqué, dans la Partie V.C.(1), le raisonnement qui est à la base de cette recommandation. On retrouve une disposition semblable en Nouvelle-Zélande[488].

RECOMMANDATION

26. Lorsqu'un échantillon de sang est prélevé sur une personne, la loi devrait reconnaître expressément à celle-ci le droit de faire analyser la moitié de l'échantillon par un analyste impartial.

Cette recommandation vise à assurer l'exactitude de l'analyse sanguine et à permettre que les résultats de cette analyse puissent être contestés efficacement lorsque cela est opportun. On retrouve des dispositions au même effet dans plusieurs pays du

Commonwealth[489]. Certaines de ces dispositions confèrent au prévenu le droit de recevoir personnellement un double des échantillons. Toutefois, nous croyons que la règle formulée dans notre recommandation soulèverait moins de problèmes en ce qui a trait à la continuité de la preuve.

Nous estimons que le mécanisme de sauvegarde prévu dans cette recommandation est à la fois nécessaire et justifié, eu égard au caractère attentatoire des prises de sang.

RECOMMANDATION

27. Lorsqu'une personne est fondée à faire analyser par un analyste impartial des échantillons de sang qui ont été prélevés sur elle, la loi devrait lui reconnaître expressément le droit d'en être informée.

Cette recommandation s'explique d'elle-même. Voir la Partie V.C.(1) du présent document de travail.

RECOMMANDATION

28. En cas de dérogation importante aux règles formulées dans les recommandations qui précèdent, tout élément de preuve ainsi obtenu devrait être irrecevable à moins que, de l'avis du tribunal, son utilisation ne soit pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, et à condition que l'élément de preuve soit par ailleurs recevable.

L'application des mécanismes recommandés dans le présent document de travail devra, cela va sans dire, être conforme aux critères formulés dans la *Charte*. Dans ce sens, même si nos recommandations ne contenaient aucune règle d'exclusion, les dispositions du paragraphe 24(2) de la *Charte* s'appliqueraient dans la mesure où la dérogation en cause constituerait également une violation aux termes de la *Charte*. Toutefois, il n'en reste pas moins qu'une dérogation aux règles formulées dans les présentes recommandations, si importante soit-elle, ne constitue pas nécessairement une violation des normes minimales formulées dans la *Charte*. Par conséquent, et comme ces règles sanctionnent des atteintes qui, à l'heure actuelle, ne sont pas prévues par la loi, ce serait, selon nous, faillir à notre devoir que de nous en remettre à l'application des dispositions de l'article 24 de la *Charte*. Nous

croyons qu'une règle d'exclusion devrait faire partie intégrante des dispositions proposées.

La règle d'exclusion que contient notre recommandation diffère de celle du paragraphe 24(2) de la *Charte*, et comporte une norme de protection légèrement plus rigoureuse. Le principe sous-jacent à cette recommandation a été bien expliqué dans la Partie V.D. du présent document de travail. On remarquera cependant que nous avons recommandé, contrairement à l'exclusion automatique, que le tribunal soit investi du pouvoir *discrétionnaire* d'exclure l'élément de preuve, et seulement en cas de dérogation *importante* aux règles recommandées. Ce faisant, nous avons tenté d'éviter que des éléments de preuve importants soient exclus de façon systématique par suite de manquements mineurs ou involontaires aux formalités prévues. Bien que nous favorisions, dans une large mesure, l'aspect discrétionnaire de cette recommandation, nous ne sommes pas nécessairement liés par la formulation que nous avons adoptée. Sur ce point, toute suggestion serait grandement appréciée.

Nous croyons que, de façon générale, les dispositions du paragraphe 24(2) de la *Charte* établissent une norme de protection minimale, ce qui, en principe, n'empêche pas la création d'une norme différente ou plus rigoureuse, lorsque cela est justifié pour des raisons d'intérêt public. La formulation de règles d'exclusion appropriées étant une préoccupation constante de nos travaux sur la procédure pénale, nous reviendrons sur cette question dans d'autres rapports et documents de travail. Nous sommes conscients de tous les arguments qui militent à l'encontre de la prolifération de règles d'exclusion de toutes sortes dans notre droit, et nous en tiendrons compte dans nos délibérations futures sur cette question importante. Quoi qu'il en soit, nous croyons pour le moment, pour les raisons que nous avons expliquées, qu'il y a lieu d'adopter une règle d'exclusion de la nature de celle que nous avons proposée, eu égard au surcroît de pouvoir que nos recommandations confèrent aux agents de la paix.

RECOMMANDATION

29. Nul médecin qualifié ou infirmier(ière) autorisé(e) ne devrait engager sa responsabilité pour avoir omis ou refusé d'appliquer une méthode d'investigation scientifique.

Cette recommandation s'explique d'elle-même. Le principe sous-jacent à cette recommandation a été bien expliqué dans la Partie V.G. du présent document de travail. Comme la mise en œuvre efficace de bon nombre de nos recommandations dépend de la collaboration des médecins et des professionnels des domaines de la santé et de la médecine légale, nous croyons que certains mécanismes de protection doivent être établis. De tels mécanismes sont en effet nécessaires pour empêcher que la responsabilité de ces personnes soit engagée au-delà des conséquences de leur propre négligence par suite, par exemple, de la contravention aux règles établies, de la part d'un agent de la paix, lorsqu'un médecin ou un professionnel des domaines de la santé et de la médecine légale n'a pas eu connaissance de la contravention.

Renvois

1. Gouvernement du Canada, *Le Droit pénal dans la société canadienne*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 1982.

2. *Ibid.*, p. 62.

3. *Ibid.*, p. 62.

4. *Ibid.*, p. 61.

5. S.R.C. 1970, chap. C-34, modifié.

6. *Supra*, note 1, p. 58.

7. Pour une étude plus poussée, voir E. Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, Toronto, Carswell, 1979, p. 1-59.

8. *R.* v. *Robertson* (1975), 29 C.R.N.S. 141 (C.A. de l'Ontario).

9. L'analyse a donné les résultats suivants (p. 167):

> [TRADUCTION]
> D'après le chimiste analyste, le fait de mettre le pied dans l'une des mares de sang qui figurent sur la photo montrant la position du cadavre lorsqu'il a été découvert (pièce 9) n'aurait pas produit la configuration des taches de sang relevées sur les bottes du prévenu. On a analysé un frottis de sang prélevé sur la botte du pied droit et l'on a découvert qu'il s'agissait de sang humain du groupe «O», soit le même groupe sanguin que celui de la victime. Dans la population, la fréquence moyenne du groupe «O» est d'environ 42 pour cent. On a découvert également, sur le côté extérieur du talon de la botte du pied droit, deux cheveux humains semblables à ceux qui ont été prélevés sur la victime pour comparaison. L'un des cheveux était coincé entre le caoutchouc et la partie supérieure du talon tandis que l'autre était coincé entre la semelle et le talon. Ces cheveux avaient été étirés et selon l'expert, ils n'auraient pas

pu adhérer à la botte du prévenu du simple fait qu'il aurait marché sur une surface sur laquelle se trouvaient ces cheveux. En effet, il a fallu employer une certaine force pour coincer les cheveux sur la botte.

10. Voir l'opinion du juge Douglas dans *Ullmann* v. *United States* (1956), 350 U.S. 422 (S.C.), p. 445.

11. Voir l'opinion du juge Field dans *Brown* v. *Walker* (1896), 161 U.S. 591 (S.C.), p. 637.

12. Commission de réforme du droit du Canada, *Les pouvoirs de la police: les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal* [Document de travail 30], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1983.

13. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*; Annexe B du *Canada Act, 1982* (R.-U.), 1982, chap. 11.

14. Chief Justice's Law Reform Committee (Victoria), *Powers of Police After Arrest*, Melbourne, Government Printer, 1972, paragraphe 46.

15. Law Reform Commission of Australia, *Criminal Investigation* [Rapport nº 2], Canberra, Australian Government Publishing Service, 1975, paragraphe 113, p. 50.

16. Indian Law Institute, *Self-Incrimination: Physical and Medical Examination of the Accused*, Bombay, Tripathi, 1963, p. 24.

17. A. D. Yarmey, *The Psychology of Eyewitness Testimony*, New York, Free Press, 1979, p. 153.

18. Voir, par exemple, *Holt* v. *United States* (1910), 218 U.S. 245 (S.C.) (accusé forcé d'essayer une partie de l'uniforme militaire trouvé sur le lieu du meurtre); *State* v. *Oschoa* (1926), 242 P. 582 (S.C. Nev.) (accusé forcé d'essayer une chemise trouvée sur le lieu du meurtre); *Barrett* v. *State* (1950), 229 S.W. 2d 516 (S.C. Tenn.) (accusé forcé d'essayer un chapeau trouvé sur les lieux du vol); *State* v. *Taylor* (1965), 407 P. 2d 59 (S.C. Ariz.) (accusé forcé d'essayer un chapeau trouvé sur le lieu du crime).

19. Voir, par exemple, *People* v. *Clark* (1941), 116 P. 2d 56 (S.C. Cal.).

20. Voir, par exemple, *People* v. *Tomaszek* (1964), 204 N.E. 2d 30 (C.A. Ill.).

21. Voir, par exemple, *State* v. *Ah Chuey* (1879), 14 Nev. 79.

22. Voir, par exemple, *State* v. *Oschoa*, *supra*, note 18; *O'Brien* v. *State* (1890), 25 N.E. 137 (S.C. Ind.); *State* v. *Miller* (1905), 60 A. 202 (C.A. N.Y.); *People* v. *Placido* (1945), 17 N.W. 2d 230 (S.C. Mich.); *Williams* v. *State* (1965), 396 S.W. 2d 834 (S.C. Ark.).

23. Voir, par exemple, *State* v. *Robinson* (1952), 58 So. 2d 408 (S.C. Louis.); *Williams* v. *State* (1963), 188 A. 2d 543 (C.A. Mar.).

24. Voir D. C. James, «Constitutional Limitations on Body Searches in Prisons» (1982), 82 *Columbia L. Rev.* 1033, p. 1033, n. 2.

25. Voir E. Rentoul et H. Smith, *Glaister's Medical Jurisprudence and Toxicology*, 13e éd., Londres, Churchill Livingstone, 1973, p. 440.

26. S.R.C. 1970, chap. I-1.

27. J. R. Richardson, *Scientific Evidence for Police Officers*, Cincinnati, W. H. Anderson, 1963, p. 295. Noter que des impressions ordinaires (c'est-à-dire à plat, par opposition aux empreintes prises en faisant rouler légèrement ses doigts) peuvent aussi être prises de tous les doigts en même temps. Voir W. Dienstein, *Technics for the Crime Investigator*, Springfield, Ill., Charles C. Thomas, 1952, p. 158-159.

28. Voir Richardson, *supra*, note 27, p. 295. La recherche comparative des empreintes est plus facile depuis le développement d'un système normalisé de classification à partir duquel les tracés des crêtes papillaires (à l'exclusion des dessins altérés par des cicatrices ou par la mutilation) sont répartis en arcs (ordinaires ou en forme de chapiteau), en volutes (cubitales ou radiales) et en boucles (ordinaires, à poche centrale, accidentelles ou à double spirale): E. R. Menzel, «The Development of Fingerprints», dans E. J. Imwinkelried, éd., *Scientific and Expert Evidence*, 2e éd., New York, Practising Law Institute, 1981, 619, p. 648. Selon A. A. Moenssens et F. E. Inbau dans *Scientific Evidence in Criminal Cases*, 2e éd., Mineola, N.Y., Foundation Press, 1978, p. 360, les volutes peuvent être divisées en catégories secondaires suivant le procédé du comptage des crêtes. Les boucles peuvent être subdivisées en traçant les crêtes. En règle générale, les comparaisons sont faites suivant quatre critères: la coïncidence des traces typiques (s'il est impossible de déterminer le type de traces parce qu'il est incomplet, on peut juxtaposer les crêtes pour établir les ressemblances entre leurs sillons), la ressemblance qualitative des caractéristiques des crêtes en relief (c'est-à-dire, déterminer si les

caractéristiques comme les «bifurcations», les «points», les «deltas» et les «centres de figure» sont identiques), la ressemblance quantitative des crêtes en relief (tout le monde s'accorde pour reconnaître qu'au moins huit points de coïncidence sont requis pour établir l'identité formelle de deux empreintes et certains experts estiment qu'il en faut onze ou douze), et la position identique des caractéristiques des crêtes: voir Moenssens et Inbau, *supra*, p. 366.

29. Moenssens et Inbau, *supra*, note 28, p. 379-381.

30. Voir N. D. Sperber, «Forensic Odontology», dans Imwinkelried, *supra*, note 23, 721, p. 736-746; R. B. J. Dorion, «Bite mark evidence» (1982), 12 *J. Ass. Dent. Can.* 795.

31. Comme l'a écrit l'odontologiste judiciaire Norman Sperber (*supra*, note 30, p. 741):

> [TRADUCTION]
> On peut convenablement prélever des empreintes à l'aide de substances qui sont normalement utilisées dans les cabinets de dentiste. Ces substances sont placées dans un porte-empreintes soigneusement sélectionné. La prise de l'empreinte dure trente secondes si l'on utilise des substances qui prennent rapidement. Le prélèvement d'empreintes de dents est une opération indolore ne causant qu'un léger désagrément. L'empreinte est ensuite moulée dans un matériau de pierre dure ou, dans certains cas, dans une matière plastique résistante. Bien entendu, il en résulte une reproduction fidèle de la dentition et de la cavité buccale du suspect.
>
> ...
>
> On peut insérer différents matériaux, comme de la cire, entre les dents pour mesurer la position réelle des dents du haut par rapport à celles du bas. Ces matériaux peuvent ensuite être utilisés pour reconstituer les deux moules dans leur position respective réelle. Dans certains cas, on demande au suspect de mordre dans de la cire afin de reproduire la morsure.

Voir aussi L. L. Luntz et P. Luntz, *Handbook for Dental Identification: Techniques in Forensic Dentistry*, Toronto, Lippincott, 1973, p. 152-153.

32. Sperber, *supra*, note 30, p. 742; Luntz et Luntz, *supra*, note 31, p. 153.

33. G. Gustafson, *Forensic Odontology*, New York, American Elsevier, 1966, p. 156.

34. Criminal Law Reform Committee, *Report on Bodily Examination and Samples as a Means of Identification*, Wellington, N.Z., Criminal Law Reform Committee, 1978, par. 17, p. 9.

35. *Supra*, note 26.

36. *R.* v. *A.N.* (1977), 37 C.C.C. (2d) 9 (C.S. C.-B.), p. 14.

37. *Ibid.*

38. *Supra*, note 16, p. 30.

39. Richardson, *supra*, note 27, p. 323. Voir *Commonwealth* v. *Westwood* (1936), 188 A. 304 (S.C. Penn.) où cette technique est décrite de façon détaillée.

40. Richardson, *supra*, note 27, p. 324; Moenssens et Inbau, *supra*, note 28, p. 184.

41. *Supra*, note 28, p. 184-185.

42. *Ibid.*, p. 185. Les auteurs ajoutent à la même page:

> [TRADUCTION]
> Les résultats de recherches indiquent qu'il faut s'attendre à ce qu'un bon nombre de personnes qui n'ont jamais déchargé une arme à feu mais qui, en raison de leur travail ou de leur métier ou par hasard, sont exposées aux nitrates, réagissent positivement à ce test. Parmi elles, mentionnons les photographes, les graveurs, les travailleurs dans l'industrie des allumettes, les agriculteurs et jardiniers qui manipulent des engrais chimiques, etc. D'autres substances peuvent provoquer des réactions positives, notamment les agents de blanchiment, les produits chimiques, les cosmétiques, certains types d'aliments, le tabac et l'urine. Au premier séminaire sur les aspects scientifiques du travail policier, organisé en 1963 par l'Organisation internationale de police criminelle (Interpol), les experts provenant de plusieurs pays rejetèrent unanimement le test de la réaction dermique au nitrate, le jugeant sans valeur, non seulement comme preuve devant les tribunaux mais aussi comme moyen de fournir des indices valables à la police.

43. Voir H. C. Harrison et R. Gilroy, «Firearms Discharge Residues», (1959), 4 *J. For. Sci.* 184.

44. Voir les nombreuses techniques mentionnées par Moenssens et Inbau, *supra*, note 28, p. 185-186, n. 6.

45. S. S. Krishnan, «Detection of Gunshot Residue on the Hands by Neutron Activation and Atomic Absorption Analysis», dans Imwinkelried, *supra*, note 28, 289, p. 301.

46. S. S. Krishnan, «Detection of Gunshot Residues on the Hands by Trace Element Analysis», dans Imwinkelried, *supra*, note 28, 315, p. 318.

47. *Ibid.*, p. 319.

48. *Ibid.* Il semble toutefois que c'est la méthode qui convient le mieux lorsque l'analyse est faite au moyen de l'examen microscopique.

49. P. L. Kirk, *Crime Investigation: Physical Evidence and Police Laboratory*, Toronto, John Wiley and Sons, 1966, p. 638-643.

50. Moenssens et Inbau, *supra*, note 28, p. 412.

51. Voici ce qu'a écrit l'analyste chimiste judiciaire P. L. Kirk au sujet de la méthode de prélèvement des poils et des cheveux sur le suspect (*supra*, note 49, p. 165-166):

> [TRADUCTION]
>
> Afin de comparer les poils normaux avec les poils en cause, il est préférable de les prélever sur la tête, sur les zones génitales, ou sur le tronc, etc. de la personne que l'on soupçonne en être le propriétaire. Une très bonne méthode de prélèvement de cheveux consiste à peigner vigoureusement la chevelure avec un peigne fin et propre. Dans la plupart des cas, ce procédé permettra de prélever un échantillon de cheveux très comparables aux cheveux que la personne a pu perdre. Il n'y a pas de règle précise quant au nombre de cheveux qui doivent être prélevés car cela dépend du nombre et de la nature des tests qui doivent être effectués. Un échantillonnage de cent cheveux est souhaitable mais, en règle générale, un nombre moins élevé, voire même un seul cheveu, peut donner de bons résultats.
>
> En peignant, on obtient habituellement un échantillon plus caractéristique qu'en coupant des mèches qui proviennent d'un endroit sur la tête, lesquelles ne sont pas nécessairement typiques des cheveux de la personne visée. S'il faut couper les cheveux qui serviront d'échantillon, il est préférable de n'en couper que quelques-uns à un endroit sur la tête, quelques-uns

à un autre endroit et ainsi de suite jusqu'à ce que l'on obtienne un échantillon le plus complet possible. La coupe devrait être faite au ras du crâne et il peut être utile de placer les cheveux parallèlement et de marquer les bouts de façon à pouvoir tenir compte des variations des cheveux. Les cheveux arrachés sont sans doute plus caractéristiques que les cheveux coupés puisqu'ils donnent une idée précise de leur longueur. En règle générale, il n'est pas essentiel que la racine y soit et la plupart du temps, cette façon plus difficile d'obtenir la racine n'en vaut pas la peine.

Les cheveux qui ont été coupés chez un barbier sont les échantillons de cheveux les moins utiles. Premièrement, le barbier coupe la plupart des cheveux sur la nuque et sur les tempes, ceux-ci ne représentant donc pas tout à fait un échantillon type des cheveux sur la tête comme ceux qui tombent ou qui restent sur le peigne. Qui plus est, les ciseaux du barbier sont presque toujours contaminés par les cheveux d'autres personnes. Cela donne un échantillon de cheveux de deux ou plusieurs personnes et brouille les pistes. Si l'on demande à un barbier de prison de prélever, à l'insu du suspect, un échantillon de cheveux, on devrait l'avertir de nettoyer ses outils, de peigner soigneusement les cheveux du suspect avant de commencer et de tenter de prélever des cheveux sur la tête au moyen du peigne plutôt que de couper les cheveux sur la nuque et sur les tempes.

52. R. E. Zumwalt et C. S. Petty, «Community Investigation of Rape and Sexual Assault», dans W. J. Curran, A. L. McGarry et C. S. Petty, éds, *Modern Legal Medicine, Psychiatry and Forensic Science*, Philadelphie, F. A. Davis, 1980, 553, p. 560.

53. *Supra*, note 16, p. 32.

54. La veinopuncture est une ponction veineuse. Voir le *Dictionnaire français de médecine et de biologie*, tome III, Masson & Cie, Paris, 1972, p. 1132.

55. Law Reform Commission of Australia, *Report No. 4, Alcohol, Drugs and Driving*, Canberra, Australian Government Publishing Service, 1976, par. 114, p. 48.

56. *Ibid.*

57. L. A. Bear, *Law, Medicine, Science — and Justice*, Springfield, Ill., Charles C. Thomas, 1964, p. 576.

58. *Ibid.*

59. Voir A. S. Curry, «Reliability and Significance of Results of Alcohol and Drug Analyses», dans S. Israelstam et S. Lambert, éds, *Alcohol, Drugs and Traffic Safety: Proceedings of the Sixth International Conference on Alcohol, Drugs and Traffic Safety, Toronto, September 8-13, 1974*, Toronto, Fondation de la recherche sur la toxicomanie de l'Ontario, 1975, 469, p. 476; H. J. Walls et A. R. Brownlie, *Drink, Drugs and Driving*, Londres, Sweet and Maxwell, 1970, p. 80-98.

60. Voir Curry, *supra*, note 59, p. 476-477; Walls et Brownlie, *supra*, note 59, p. 109-110; Law Reform Commission of Australia, *supra*, note 55, par. 123, p. 54; B. S. Finkle, «‹ Will the Real Drugged Driver Please Stand Up? › An Analytical Toxicology Assessment of Drugs and Driving», dans Israelstam et Lambert, *supra*, note 59, p. 608-609; F. B. Benjamin, *Alcohol, Drugs and Traffic Safety: Where Do We Go From Here?*, Springfield, Ill., Charles C. Thomas, 1980, p. 52-53. Pour une analyse descriptive des différentes méthodes, voir, par exemple, W. T. Lowry et J. C. Garriott, *Forensic Toxicology: Controlled Substances and Dangerous Drugs*, New York, Plenum, 1979, p. 103-115; J. Wells, G. Cimbura et E. Koves, «The Screening of Blood by Gas Chromatography for Basic and Neutral Drugs» (1975), 20 *J. For. Sci.* 382; R. C. Permisohn, L. R. Hilpert et L. Kazyak, «Determination of Methaqualone in Urine by Metabolite Detection Via Gas Chromatography» (1976), 21 *J. For. Sci.* 98; N. C. Jain, D. M. Chinn, R. D. Budd, T. S. Sneath et W. J. Leung, «Simultaneous Determination of Cocaine and Benzoyl Ecgonine in Urine by Gas Chromatography with On-Column Alkylation» (1977), 22 *J. For. Sci.* 7; R. Saferstein, J. J. Manura et P. K. De, «Drug Detection in Urine by Chemical Ionization Mass Spectrometry» (1978), 23 *J. For. Sci.* 29; M. A. Peat et L. Kopjak, «The Screening and Quantitation of Diazepam, Flurazepam, Chlordiazepoxide, and Their Metabolites in Blood and Plasma by Electron - Capture Gas Chromatography and High Pressure Liquid Chromatography» (1979), 24 *J. For. Sci.* 46; K. Sprague et A. Poklis, «Determination of Barbiturates in Postmortem Blood by High Pressure Liquid Chromatography: A Comparison With a Differential Ultraviolet Spectrophotometric Method» (1980), 13 *Can. Soc. Forens. Sci. J.* 31.

61. Voir Moenssens et Inbau, *supra*, note 28, p. 298 et suivantes; Richardson, *supra*, note 27, p. 161-164.

62. Bear, *supra*, note 57, p. 577.

63. *Supra*, note 34, p. 9.

64. Voir *Larousse médical illustré*, Librairie Larousse, Paris, 1971, p. 157.

65. Voir, par exemple, *People* v. *Scott* (1978), 578 P. 2d. 123 (S.C. Cal.); *R.* v. *Turnick (No. 2)* (1920), 54 N.S.R. 69 (S.C.).

66. Dans l'affaire Scott, *supra*, note 65, où l'on prétendait que l'accusé avait transmis la trichomonase à la victime en ayant avec elle des relations sexuelles illicites, la cour déclare (p. 128):

> [TRADUCTION]
> il a été expliqué au procès que des résultats «positifs» étaient un indice sûr de la présence de l'infection mais que même des résultats négatifs laissaient encore subsister une possibilité statistique de 30 pour cent que l'infection soit néanmoins présente. Ainsi, non seulement la procédure n'était pas une méthode très efficace d'établir la présence de la maladie mais son inexactitude défavorisait le défendeur.

Dans *Turnick (No. 2)*, *supra*, note 65, on lit que les médecins qui ont examiné un accusé, lequel avait selon toute probabilité transmis la blennorragie à la victime d'un viol, ont été incapables d'établir de façon positive que l'accusé avait lui-même contracté la maladie.

67. I. R. C. Batchelor, *Henderson and Gillespie's Textbook of Psychiatry*, 10e éd., Londres, Oxford University Press, 1969, p. 338. Voir aussi J. M. Macdonald, «Truth Serum», (1955-56), 46 *J. Crim. L., Crim. and Pol. Sci.* 259, p. 259.

68. La scopolamine était autrefois la drogue utilisée le plus fréquemment. Voir Macdonald, *supra*, note 67, p. 259. Les amphétamines pourraient apparemment donner des résultats semblables quoique leur utilisation ne puisse être qualifiée de «narco-analyse». Voir I. Gregory, *Psychiatry: Biological and Social*, Philadelphie et Londres, W. B. Saunders, 1961, p. 81; R. B. McGraw et J. F. Oliven, «Miscellaneous Therapies», dans S. Arieti, éd., *American Handbook of Psychiatry*, vol. 2, New York, Basic Books, 1959, p. 1560-61.

69. Macdonald, *supra*, note 67, p. 259; J. M. Macdonald, «The Use of Drugs in the Examination of Suspected Criminals» (1956), 3 *J. Forensic Medicine* 2, p. 2; C. W. Muehlberger, «Interrogation Under Drug Influence: The So-Called ‹Truth Serum› Technique» (1951-52), 42 *J. Crim. L., Crim. and Pol. Sci.* 513, p. 521; Gregory, *supra*, note 68, p. 81; McGraw et Oliven, *supra*, note 68, p. 1572.

70. Voir F. Redlich, L. J. Ravitz et G. H. Dession, «Narcoanalysis and Truth» (1951), 107 *Am. J. Psychiat.* 586; J. C. Gall, «The Case Against Narcointerrogation» (1962), 7 *J. For. Sci.* 29; M. E. Schiffer, *Psychiatry Behind Bars: A Legal Perspective*, Toronto, Butterworths, 1982, p. 45-47.

71. (1978), 3 C.R. (3d) 7 (C.S. Alb., Div. App.).

72. *Ibid.*, p. 24.

73. Le *North Carolina Traffic Safety Council* a fait un excellent résumé d'un certain nombre de ces tests:

> [TRADUCTION]
> Équilibre: Les tests d'équilibre servent à évaluer la stabilité du sujet en station debout. Tout d'abord, lui demander de se tenir debout sur une seule jambe, les bras ouverts. Ensuite, lui demander de porter tout le poids de son corps sur l'autre jambe. Enfin, lui demander de se tenir droit, les deux pieds rapprochés et parallèles, la tête penchée vers l'arrière et les yeux fermés. On doit noter les mouvements comme le balancement du corps, les mouvements brusques en vue de retrouver l'équilibre et les changements de la position des pieds.
>
> Démarche: Les tests de démarche servent à évaluer l'aptitude du sujet à marcher en ligne droite. On lui demande de marcher en ligne droite (le long d'un trottoir ou sur une ligne imaginaire entre deux points) sur une distance d'environ vingt pieds, en plaçant le talon d'un pied devant le bout de l'autre pied. Lorsqu'il arrive au bout de la ligne, on lui demande de se retourner rapidement et de revenir à son point de départ de la même manière.
>
> Virevoltes: On doit porter une attention particulière sur la façon dont le sujet effectue son demi-tour et sur toute difficulté qu'il éprouve en faisant ce mouvement lors du test de démarche.
>
> Contact du doigt avec le nez: Il s'agit de vérifier la coordination des réflexes moteurs des bras. On demande au sujet de se tenir droit debout, de joindre les deux pieds, de fermer ses yeux et d'étendre ses bras en position horizontale, les index pointés vers l'avant. On lui demande de décrire les yeux fermés un arc avec l'un de ses avant-bras et de toucher son nez avec son index. On lui demande ensuite de répéter ce mouvement avec l'autre bras. Dans chaque cas, on doit, le cas échéant, noter le point de contact de l'index sur le visage. On

doit également noter le degré d'assurance avec lequel le sujet a exécuté le geste.

Pièces de monnaie: Le ramassage des pièces de monnaie est une bonne façon d'évaluer la coordination musculaire des doigts, de même que l'équilibre. Placer neuf pièces sur le sol (par exemple, trois pièces d'un cent, trois pièces de cinq cents et trois pièces de dix cents), dans l'ordre et montrant le côté pile ou le côté face. Dire chaque fois au suspect quel type de pièce il doit ramasser et lui demander d'identifier le côté exposé et de vous la remettre. Prendre note de toute perte d'équilibre dans l'exécution du mouvement.

Voir North Carolina Traffic Safety Council, Inc., *Sample Instructional Bulletin on the Use of the Alcoholic Influence Report Form*, cité par L. P. Watts, «Some Observations on Police-Administered Tests for Intoxication» (1966), 45 *North Carolina L. Rev.* 34, p. 44-45, n. 36.

74. *Supra*, note 73, p. 44-45.

75. R. E. Erwin, *Defense of Drunk Driving Cases*, New York, Matthew Bender, 1963, s. 8.13, p. 142-143 et s. 8.16, p. 146, cité par Watts, *supra*, note 73, p. 45.

76. Sur le degré de précision de cette technique, voir O. Hilton, «Can the Forger Be Identified from His Handwriting?» (1952-53), 43 *J. Crim. L., Crim. and Pol. Sci.* 547; T. V. McAlexander, «The Meaning of Handwriting Opinions» (1977), 5 *J. Pol. Sci. and Admin.* 43.

77. M. Casey, «Questioned Document Examination», dans Curran, McGarry et Petty, *supra*, note 52, p. 1225. Et comme l'auteur ajoutait,

> [TRADUCTION]
> ... la présence d'une caractéristique fondamentale divergente entre un écrit reconnu comme étant celui de l'auteur et l'écrit examiné indiquerait que les deux écrits ne sont pas de la même personne. Une caractéristique fondamentale divergente est celle qui se répète de façon constante dans un écrit, manifestant ainsi une habitude personnelle de l'auteur et, ce qui est révélateur, n'apparaît pas dans l'écrit qui fait l'objet de la comparaison. En substance, pour qu'il y ait identification, il faut que toutes les caractéristiques de l'écrit examiné correspondent à la gamme des caractéristiques de l'écrit reconnu et qu'il y ait compatibilité entre les deux.

Voir aussi H. F. Sulner, *Disputed Documents: New Methods for Examining Questioned Documents*, New York, Oceana, 1966, p. 46.

78. Casey, *supra*, note 77, p. 1227: [TRADUCTION] «Normalement, plus il existe de variantes dans l'écriture d'une personne, plus long devra être le texte permettant de retrouver toute la gamme des différentes caractéristiques de son écriture».

79. *Ibid.* Selon l'auteur:

> [TRADUCTION]
> [S]i l'écrit examiné consiste en un texte très court (par exemple, une phrase ou moins), il faudra plus d'écrits reconnus pour faire la comparaison que si le document examiné était un texte plus long, comme une lettre. Cela vient du fait qu'un texte d'une certaine longueur donne une meilleure représentation des traits habituels que l'on retrouve dans l'écriture d'un individu.

80. Casey, *supra*, note 77, p. 1228:

> [TRADUCTION]
> Pour fournir un spécimen comparable avec le texte examiné, le texte reconnu doit être de nature semblable ou avoir été rédigé dans un contexte semblable. Ainsi, il faut que les signatures examinées soient comparées avec des signatures authentiques, un texte écrit à la main en caractères ordinaires avec un texte écrit de la même façon, des lettres en caractères d'imprimerie, majuscules ou minuscules ou des lettres moulées avec des lettres de même nature, des chiffres avec des chiffres ...

81. Casey, *supra*, note 77, p. 1228-1229.

82. *Ibid.*, p. 1229. Voir aussi Moenssens et Inbau, *supra*, note 28, p. 467.

83. Pour une description complète du mode d'emploi de l'ivressomètre, voir D. M. Lucas, «The Breathalyzer — How it Works», dans R. M. McLeod, J. D. Takach et M. D. Segal, *Breathalyzer Law in Canada*, 2e éd., Toronto, Carswell, 1982, p. 19-2 et 19-3.

84. *Ibid.*, p. 19-3; Moenssens et Inbau, *supra*, note 28, p. 82. Lucas souligne (p. 19-3 et 19-4):

> [TRADUCTION]
> Tous les tests d'analyse d'haleine déterminent la quantité d'alcool dans le sang artériel, alors que l'échantillon normale-

ment prélevé aux fins d'analyse est du sang veineux. La proportion d'alcool dans l'un et l'autre est généralement la même, sauf au cours de la période de vingt à trente minutes suivant le début de la consommation d'alcool, alors qu'il se produit une absorption rapide de l'alcool par l'organisme. Au cours de cette période, le sang artériel contient une proportion plus élevée d'alcool que le sang veineux et fournit une meilleure indication de la quantité d'alcool affectant le cerveau et, partant, de l'état du sujet. En pratique, ce court intervalle durant lequel il existe une divergence entre la proportion d'alcool dans le sang artériel et veineux, ne présente pas de problème puisque les échantillons sont rarement prélevés durant cette période.

85. Lucas, *supra*, note 83, p. 19-4.

86. *Ibid.*, p. 19-5; Moenssens et Inbau, *supra*, note 28, p. 83.

87. Lucas, *supra*, note 83, p. 19-3.

88. *Ibid.*

89. C. K. McKnight, «The Polygraph (Lie Detector)» (1973), 21 C.R.N.S. 172, p. 172-173.

90. *Ibid.*, p. 173.

91. *Ibid.*

92. Moenssens et Inbau, *supra*, note 28, p. 605-606.

93. *Ibid.*

94. *Ibid.*

95. *Ibid.*

96. S. Abrams, «Polygraphy», dans Imwinkelried, *supra*, note 28, p. 778.

97. *Supra*, note 28, p. 604.

98. Richardson, *supra*, note 27, p. 122, citant F. E. Inbau, *Lie Detectors and Criminal Interrogation*, 2e éd., 1948.

99. *Ibid.*

100. *Ibid.*

101. *Ibid.*

102. *Ibid.*

103. *Ibid.*

104. N. Laurendi, «Opposition to the Admissibility of Lie Detector Tests in Criminal Cases», dans Imwinkelried, *supra*, note 28, 805, p. 813.

105. *Ibid.*

106. *Ibid.*, p. 816; M. Abbell, «Polygraph Evidence: The Case Against Admissibility in Federal Criminal Trials», dans Inwinkelried, *supra*, note 28, 825, p. 838.

107. Quoi qu'il en soit, voici ce qu'ont écrit Moenssens et Inbau au sujet de la fiabilité et de la précision du test polygraphique (*supra*, note 28, p. 616):

> [TRADUCTION]
> Dans environ vingt pour cent des cas qui sont examinés par un polygraphiste expert, la véracité ou la fausseté des déclarations est tellement mise en évidence par les réactions des sujets aux questions de contrôle ou à celles qui se rapportent à l'infraction que l'examinateur n'aura aucune difficulté à montrer les résultats à un profane et à le convaincre des conclusions auxquelles il en est venu. Toutefois, dans environ soixante-cinq pour cent des cas, les indicateurs ne seront pas aussi précis. Ces indicateurs et leur interprétation peuvent être nuancés au point où il devient impossible d'offrir aux profanes une explication satisfaisante. Dans cinq à dix pour cent des cas, l'examinateur est incapable de prononcer un diagnostic défini en raison des caractéristiques physiologiques et psychologiques du sujet ou en raison d'autres facteurs inhibiteurs.
>
> ...
>
> Il est difficile d'évaluer le degré de précision du test polygraphique. Bien souvent, les aveux ou les faits prouvés subséquemment ne permettent pas de découvrir l'identité du véritable auteur de l'infraction. Par conséquent, il est souvent

impossible de prouver que l'examinateur a prononcé un bon ou un mauvais diagnostic. Cependant, dans la deuxième édition, publiée en 1977, de l'ouvrage de John E. Reid et de Fred E. Inbau intitulé *Truth and Deception: The Polygraph («Lie Detector») Technique*, les auteurs affirment que lorsqu'elle est appliquée par un examinateur qualifié et habile, cette méthode donne des résultats très précis avec une marge d'erreur *connue* inférieure à un pour cent. Cette conclusion est basée sur les résultats des tests qui ont été effectués sur plus de cent mille suspects, prévenus ou personnes qui font l'objet d'enquêtes privées menées par leurs employeurs. Presque tous ces tests ont été faits dans les vastes installations de John E. Reid et Associés. Notre conclusion est également fondée sur les résultats d'expériences qui ont confirmé l'exactitude de ces chiffres, résultats qui ont été publiés dans des articles de revues et qui sont reproduits en annexe dans l'ouvrage de Reid et Inbau.

Il peut être intéressant de mentionner que les auteurs de l'ouvrage en question précisent que les erreurs qui se produisent favorisent les personnes qui disent la vérité car les erreurs de diagnostic résultent presque toujours de l'impossibilité de détecter la fausseté d'une déclaration plutôt que du diagnostic erroné d'une fausse déclaration attribuée à une personne honnête.

Pour une étude approfondie des difficultés que soulève l'évaluation du degré de précision du test polygraphique, voir D. T. Lykken, *A Tremor in the Blood: Uses and Abuses of the Lie Detector*, New York, McGraw-Hill, 1981, p. 64-81.

108. K. Thomas, «Voiceprint — Myth or Miracle», dans Imwinkelried, *supra*, note 28, 1015, p. 1020.

109. Moenssens et Inbau, *supra*, note 28, p. 571.

110. *Ibid.*

111. O. Tosi, «Voice Identification», dans Imwinkelried, *supra*, note 28, 971, p. 973.

112. Thomas, *supra*, note 108, p. 1025.

113. Ainsi, d'après l'un de ses détracteurs (Thomas, *supra*, note 108, p. 1026):

[TRADUCTION]

Bien que cette théorie semble attrayante, les spécialistes s'entendent pour dire qu'elle n'est pas scientifiquement prouvée. Cette théorie est fondée sur bien peu de données scientifiques. Bien au contraire, des expériences scientifiques effectuées dans des conditions contrôlées ont démontré que les mécanismes d'articulation de deux personnes et la façon dont elles s'en servent donnent souvent des résultats plus similaires que ceux donnés par la même personne en deux occasions différentes.

Nous savons que les différences anatomiques ne sont pas nécessairement les meilleurs indices de la spécificité d'une personne et qu'elles ne sont pas des critères d'identification fiables. Nous n'avons qu'à penser à l'application erronée des méthodes d'identification basées sur l'analyse de la physionomie humaine, comme le système Bertillon dont l'usage était très répandu au dix-neuvième siècle et au début du vingtième siècle. On pensait que chaque personne possédait une combinaison de mensurations anatomiques qui lui était propre. Dans la pratique, ce système a été à l'origine de tellement de confusion et d'erreurs d'identification que l'on a mis en doute la précision de la méthode et que l'on a cessé de l'utiliser.

En voulant pallier les lacunes d'une théorie fondée sur les seules différences anatomiques, les tenants de la technique d'identification des empreintes vocales affirment que ces différences physionomiques, combinées à des habitudes acquises pendant la croissance, donnent au parleur cette spécificité de la voix. Cette théorie pèche gravement par l'absence de données scientifiques et viole des principes fondamentaux relatifs au besoin des êtres humains de communiquer entre eux et au phénomène humain que constituent les dialectes.

Par ailleurs, Oscar Tosi, un expert en identification des voix (*Voice Identification: Theory and Legal Applications*, Baltimore, University Park Press, 1979) a sur ce point une approche plus positive. Il souligne, p. 55, que les différentes études empiriques sur l'analyse spectrographique et sur d'autres méthodes d'identification des voix confirment le fait que [TRADUCTION] «[l]es différences physiologiques et acquises sont à l'origine de la diversité des voix parmi les individus». Bien que selon lui, [TRADUCTION] «il y ait très peu d'espoir de développer une méthode ... qui puisse un jour permettre d'identifier la voix d'une personne dans 100 pour cent des cas qui sont soumis à l'examen», il a néanmoins affirmé ce qui suit (p. 56):

[TRADUCTION]

À toutes fins utiles, il est à la fois irréalisable et injuste d'exiger qu'une méthode d'identification des voix soit à l'épreuve des tentatives faites pour déguiser la voix, à l'épreuve du bruit ou à l'épreuve d'autres formes de distorsion des sons. Il n'existe aucune méthode d'identification, y compris la dactyloscopie, l'analyse d'écriture, etc., capable de résister à de nombreuses altérations.

D'autre part, la plupart des variations susmentionnées sont susceptibles d'augmenter le pourcentage de cas qui restent sans réponse ou, au pis aller, d'augmenter le pourcentage d'erreurs dans la vérification d'identité plutôt que le pourcentage d'erreurs d'identification. En effet, la plupart de ces altérations tendent à augmenter les différences des sons émis par une seule personne, ce qui entraîne non pas l'erreur d'identification mais l'erreur dans la vérification de l'identité. Contrairement au premier type d'erreur, l'erreur de vérification n'est pas tellement coûteuse dans notre système de justice.

114. Tosi, *supra*, note 113, p. 110-111.

115. Voir, par exemple, *State* v. *McKenna* (1967), 226 A. 2d 757 (Co. Ct. N.J.); *Stoval* v. *Denno* (1967), 388 U.S. 293 (S.C.).

116. Voir, par exemple, *Commonwealth* v. *Sliva* (1964), 198 A. 2d 354 (S.C. Penn.); *State* v. *King* (1965), 209 A. 2d 110 (S.C. N.J.); *People* v. *Juarez* (1966), 52 Cal. R. 556 (C.A. Dist.); *United States* v. *Wade* (1967), 388 U.S. 218 (S.C.).

117. Schiffer, *supra*, note 70, p. 23.

118. *Ibid.*

119. *Ibid.*, p. 24-25.

120. Par exemple l'échelle du quotient intellectuel des adolescents et des adultes de Stanford-Binet ou de Wechsler-Bellevue.

121. Par exemple l'inventaire des multiples facettes de la personnalité (du Minnesota).

122. C'est-à-dire le test de perception thématique.

123. C'est-à-dire le test de Rorschach.

124. C'est-à-dire le test de dessin d'une personne.

125. Par exemple le test de Bender-Gestalt, de Goldstein-Scheerer, et de Shipley-Hartford, le test de mémoire de dessins de Graham-Kendall ou le test de mesure de la mémoire de Wechsler.

126. H. S. Sullivan, *The Psychiatric Interview*,New York, W. W. Norton, 1970, p. 4 (c'est l'auteur qui souligne). Voir aussi C. D. Webster, R. J. Menzies et M. A. Jackson, *Clinical Assessment Before Trial: Legal Issues and Mental Disorder*, Toronto, Butterworths, 1982, p. 24-27.

127. I. Stevenson, «The Psychiatric Interview», dans S. Arieti, éd., *American Handbook of Psychiatry* 2e éd., vol. 1, New York, Basic Books, 1974, 1138, p. 1138.

128. I. Stevenson et W. M. Sheppe Jr., «The Psychiatric Examination», dans Arieti, *supra*, note 127, 1157, p. 1162-1170.

129. *Ibid.*, p. 1172.

130. H. A. Davidson, *Forensic Psychiatry*, 2e éd., New York, Ronald Press, 1965, p. 36.

131. L. C. Kolb et H. K. H. Brodie, *Modern Clinical Psychiatry*, 10e éd., Toronto, W.B. Saunders, 1982, p. 764.

132. Pour une étude plus complète de l'hypnose des suspects et des accusés, voir Schiffer, *supra*, note 70, aux p. 29-44.

133. Voir L. R. Wolberg, «Hypnotherapy»,dans Arieti, *supra*, note 68, 1466, p. 1468, 1473-1474; Kolb et Brodie, *supra*, note 131, p. 766; Schiffer, *supra*, note 70, p. 30-32.

134. Voir G. J. Dudycha, *Psychology for Law Enforcement Officers*, Springfield, Ill., Charles C. Thomas, 1955, p. 96; M. S. Guttmacher et H. Weihofen, *Psychiatry and the Law*, New York, W. W. Norton, 1952, p. 370; Schiffer, *supra*, note 70, p. 32-34.

135. H. Arons, *Hypnosis in Criminal Investigation*, Springfield, Ill., Charles C. Thomas, 1967, p. 172.

136. *Ibid.*

137. Sir R. Cross, *Evidence*, 5e éd., Londres, Butterworths, 1979, p. 60.

138. (1973), 412 U.S. 291 (S.C.).

139. (1957), 134 A. 2d 425 (S.C. R.I.), *certiorari* refusé (1957), 355 U.S. 898 (S.C.). Voir aussi *State* v. *Baldwin* (1966), 221 A. 2d 199 (S.C. N.J.) requête à la Division d'appel pour bref de *certiorari* refusée (1968), 246 A. 2d 459, *certiorari* refusé (1966), 385 U.S. 980 (S.C.); *State* v. *Barber* (1971), 179 S.E. 2d 404 (S.C. Car. N.).

140. Voir, par exemple, *People* v. *Marx* (1975), 126 Cal. R. 350 (C.A.); *People* v. *Milone* (1976), 356 N.E. (2d) 1350 (C.A. Ill.); *People* v. *Johnson* (1972), 289 N.E. 2d 722 (C.A. Ill.).

141. (1954), 263 S.W. 2d 779 (C. Cr. App. Tex.).

142. P. K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence*, Toronto, Canada Law Book, 1974, p. 309.

143. Sir C. Philips, *Report of the Royal Commission on Criminal Procedure*, Londres, HMSO, 1981, par. 3.125, p. 64. Il faut toutefois se rappeler que la preuve des empreintes digitales n'est qu'une forme d'expertise. Voir *R.* v. *Wiswell* (1935), 63 C.C.C. 94 (C.S. N.-É.), p. 95; *R.* v. *De'Georgio and Servello*, [1934] 3 W.W.R. 374 (C. comté C.-B.), p. 379; J. F. Wiley, «A short Survey of the Reported Cases on Fingerprint Evidence» (1974), January, *Crown's Newsletter* 1.

144. (1956), 116 C.C.C. 306 (C.S. N.-B., Div. d'appel).

145. *Ibid.*, p. 308.

146. (1838), 2 Lewin 227, 168 E.R. 1136, p. 1136-1137, où le juge a dit aux jurés que pour déclarer l'accusé coupable ils devaient être convaincus [TRADUCTION] «non seulement que ces circonstances étaient compatibles avec sa culpabilité, mais également que les faits étaient incompatibles avec toute autre conclusion logique».

147. (1966), 50 C.R. 208 (B.R. Qué.).

148. (1970), 1 C.C.C. (2d) 360 (C.A. Sask.). Voir aussi *R.* v. *Castleton* (1909), 3 Cr. App. R. 74 (C.C.A.); *R.* v. *Buckingham and Vickers* (1943), 86 C.C.C. 76 (C.S. C.-B.).

149. Moenssens et Inbau, *supra*, note 28, p. 292.

150. *Ibid.*, p. 301.

151. Voici comment le juge Culliton, juge en chef de la Saskatchewan, a résumé les résultats de l'analyse du liquide séminal dans l'affaire *R.* v. *Milgaard* (1971), 2 C.C.C. (2d) 206 (C.A. de la Sask.), une affaire de viol et de meurtre (p. 214):

> [TRADUCTION]
> Au cours de l'après-midi du 31 janvier, en examinant les lieux où l'on avait découvert le corps de Gail Miller, le lieutenant Penkala a trouvé dans la neige deux masses gelées d'une couleur jaunâtre. Il les a ramassées et placées dans des fioles qui ont été transportées au laboratoire judiciaire de la G.R.C. à Régina. L'analyse effectuée par le sergent d'état-major Paynter a révélé que l'une de ces masses contenait du sperme. L'analyste a également trouvé des traces d'agglutinines anti-A. D'après le témoignage de l'expert, 85 pour cent de la population est composé d'individus que l'on qualifie de «sécréteurs», c'est-à-dire des personnes qui ont des agglutinines d'un groupe sanguin dans leurs autres sécrétions corporelles. Selon l'expert, les agglutinines anti-A sont sécrétées par des personnes faisant partie du groupe sanguin A mais ces agglutinines anti-A ne sont pas sécrétées par des personnes faisant partie du groupe sanguin B ou O. L'analyse du sang de la personne décédée, de Milgaard et de Wilson, a révélé que le sang de la personne décédée était du groupe O, celui de Wilson du groupe B et celui de Milgaard du groupe A.

152. Voir J. Hannan, «New Zealand Criminal Law Reform Committee on Bodily Samples and Identification» [1980], 4 *Crim. L. J.* 210, p. 227. L'auteur souligne que [TRADUCTION] «[l]a terminologie des groupes sanguins évolue rapidement et il a des raisons de croire que d'ici la fin du siècle présent, les groupes sanguins pourront être distingués de façon aussi marquée que les empreintes digitales». Voir également Centre of Forensic Sciences, *Laboratory Aids for the Investigator*, 3e éd., Toronto, Ministère du Solliciteur général de l'Ontario, 1978, p. 28.

153. *Supra*, note 28, p. 650.

154. Voici comment les auteurs évaluent globalement la force probante de la preuve des traces de morsures (p. 657):

> [TRADUCTION]
> En ce qui a trait à la preuve des traces de morsures, après avoir étudié objectivement toute la doctrine à ce sujet, et compte tenu de la réputation dont jouissent les auteurs au sein de la profession d'odontologiste judiciaire, nous sommes portés à croire que l'identification au moyen des morsures

donne rarement des résultats positifs. Le manque de précision des détails, leur variabilité et l'incertitude quant à ce qui constitue dans une morsure un indice sûr permettant l'identification, sont autant de facteurs qui font que cette technique permet tout au plus de procéder par élimination ou de faire une identification *incertaine* plutôt qu'une identification *positive*. Par conséquent, dans la plupart des cas de morsures, un examen minutieux des traces laissées par les dents peut fournir de précieux indices. Ce n'est que dans des cas exceptionnels que cette méthode permet une identification positive.

À cette difficulté vient s'ajouter le fait qu'il n'existe pas de méthode scientifique reconnue pour comparer les dents avec les traces de morsures. Contrairement aux spécialistes en dactyloscopie, les odontologistes judiciaires parlent de «similitudes» alors qu'ils ne se sont jamais mis d'accord sur ce qui constitue des similitudes.

Voir aussi E. H. Dinkel Jr. et M. S. Captain, «The Use of Bite Mark Evidence as an Investigative Aid» (1974), 19 *J. For. Sci.* 535.

155. Moenssens et Inbau, *supra*, note 28, p. 406 et 407.

156. *Ibid.*, p. 406-410.

157. B. Wraxall, «Forensic Serology», dans Imwinkelried, *supra*, note 28, 897, p. 922.

158. Moenssens et Inbau, *supra*, note 28, p. 451-452.

159. S.S. Krishnan, «Merits and Demerits of Forensic Activation Analysis When Compared to Other Trace Analysis Methods», dans Imwinkelried, *supra*, note 28, 303, p. 306.

160. Voir Moenssens et Inbau, *supra*, note 28, p. 452.

161. (1923), 293 F. 1013 (C.A. É.-U., D.C. Cir.), p. 1014. Il semble que depuis quelque temps, certains tribunaux américains n'appliquent pas la règle de l'arrêt *Frye* de façon rigoureuse. Voir E. J. Imwinkelried, «A New Era in the Evolution of Scientific Evidence — A Primer on Evaluating the Weight of Scientific Evidence» (1981), 23 *William and Mary L. Rev.* 261.

162. (1978), 6 C.R. (3d) 185 (C.A. Man.), p. 200.

163. Le juge a ensuite cité le passage suivant de la décision rendue par

la Cour d'appel des États-Unis, sixième circuit, dans l'affaire *United States* v. *Brown* (1977), 557 F. 2d 541 (C.A. É.-U., 6e Cir.), où l'arrêt *United States* v. *Baller* (1975), 519 F. 2d 463 (C.A. É.-U., 4e Cir.) a été cité de la façon suivante (p. 466):

> [TRADUCTION]
> De bonnes raisons justifient de ne pas permettre que n'importe quel procédé scientifique serve de fondement aux témoignages d'experts. Étant donné l'objectivité apparente d'une opinion qui se veut fondée sur un fait scientifique, le juge des faits est porté à lui donner indûment une force probante qu'elle n'a pas. De plus, il est difficile de repousser une opinion d'expert à moins que celle-ci ne soit contredite par d'autres experts ou à la suite d'un contre-interrogatoire basé sur une connaissance exacte des principes fondamentaux. Afin de prévenir la tromperie ou l'erreur et afin de permettre une véritable réponse, il faut établir une procédure rigoureusement objective qui permet de sonder le terrain et d'amener des spécialistes à confirmer la conclusion de l'expert ou à critiquer les moyens par lesquels l'expert en est venu à sa conclusion, en tirant leurs propres conclusions à partir des faits.

La Cour ajoutait, dans l'affaire *Brown* (p. 556):

> [TRADUCTION]
> Une salle d'audience n'est pas un laboratoire de recherches. Dans une poursuite criminelle, le sort du prévenu ne devrait pas dépendre de son aptitude à faire repousser une preuve scientifique à laquelle on attribue des «qualités spéciales de fiabilité et de crédibilité», quoique dans les faits, le témoignage de l'expert soit basé sur une simple hypothèse résultant d'une expérience isolée et qui n'est pas encore reconnue de tous dans son domaine de spécialité.

164. (1974), 26 C.R.N.S. 339 (C. prov. Ont.).

165. *Ibid.*, p. 345.

166. *Ibid.*

167. *Ibid.*, p. 346. En ce qui concerne la force probante de ce type de preuve, voici ce qu'a déclaré le juge (p. 346-347):

> [TRADUCTION]
> Lorsque l'opinion d'un expert est jugée recevable en preuve, on admet également qu'elle puisse aider le jury ou le juge du fond dans un domaine qui lui est peu familier. La force probante et la crédibilité de l'opinion de l'expert relèvent du

juge du fond. Aucun domaine ne constitue une exception à cette règle. Étant donné que l'identification par la comparaison auriculaire des voix, téléphoniques ou non, enregistrées ou non, est admissible en preuve, et vu que l'analyse spectrographique comparative des voix vient corroborer l'identification auriculaire, il ne fait pas de doute que les spectrogrammes devraient être jugés recevables en preuve, ne serait-ce que pour corroborer les résultats de l'identification auriculaire des voix.

On devrait également les admettre en preuve pour attaquer la crédibilité d'une personne. La force probante et la crédibilité de cette preuve relèvent du juge du fond mais cela n'a rien à voir avec la question de la recevabilité. En l'espèce, le lieutenant Nash a non seulement produit des spectrogrammes des voix connues et inconnues afin de les comparer devant le tribunal et de lui montrer que les voix provenaient d'une seule et même personne, soit Vincent Montani, mais il a également témoigné qu'il avait écouté les enregistrements. Par conséquent, non seulement je déclare les éléments de preuve produits par le lieutenant Nash admissibles en preuve mais, en l'espèce, je considère qu'il faut tout au moins leur donner une force probante considérable.

168. *Supra*, note 162.

169. Moenssens et Inbau, *supra*, note 28, p. 411. Les auteurs ajoutent:

> [TRADUCTION]
> Dans certains cas, elle peut donner des résultats qu'aucune autre technique peut produire; en d'autres circonstances, elle n'a qu'un effet confirmatif. À l'égard du processus d'identification des cheveux ... on laisse parfois entendre que, grâce à l'analyse des cheveux activés par des neutrons (NAA), il peut devenir possible de relier de façon certaine un cheveu à un individu donné.

170. *Supra*, note 28, p. 411-412.

171. Voir les sources citées par D. M. Lucas et S. E. Brown, «The Examination of Human Hairs: Comments on the Hair Evidence in *Reg.* v. *Roberts*» (1978) mars, *Crown's Newsletter* 9, p. 11-13.

172. Affaire non publiée mais relatée par Lucas et Brown, *supra*, note 171.

173. Cité dans Lucas et Brown, *supra*, note 171, p. 9.

174. *Ibid.*

175. *Ibid.*, p. 10.

176. Voir McWilliams, *supra*, note 142, p. 309.

177. (1952), 104 C.C.C. 349 (C.S. N.-É.).

178. (1959), 124 C.C.C. 332 (C.A. de l'Ont.).

179. Voir, par exemple, la jurisprudence et la doctrine citées dans le document d'étude du professeur Neil Brooks, intitulé *Directives à l'intention de la police — L'identification par témoin oculaire avant le procès*, publié récemment par la Commission de réforme du droit du Canada.

180. (1951), 99 C.C.C. 141 (C.A. C.-B.), p. 147.

181. *R.* v. *Smith*, [1952] O.R. 432 (C.A.), par le juge MacKay, p. 436.

182. *R.* v. *Howarth* (1970), 13 C.R.N.S. 329 (C.A. de l'Ont.), par le juge Jessup, p. 33. Sa Seigneurie ajoute (p. 332):

> [TRADUCTION]
> Après avoir prévenu le jury en de tels termes généraux applicables à tous les témoins entendus sur la question de l'identité sans égard à leur crédibilité, je crois que le juge du procès devait alors faire la rétrospective des circonstances qui pourraient renforcer ou diminuer la créance à accorder à la preuve d'identification soumise au jury, notamment la présence ou l'absence d'éléments de preuve qui pourraient la confirmer ou la corroborer. En faisant cette affirmation, je ne veux pas dire qu'il est essentiel qu'il existe des éléments de preuve pour corroborer ou même confirmer la preuve d'identification. Toutefois, la présence ou l'absence de tels éléments de preuve devrait attirer l'attention des jurés qui ont déjà reçu une mise en garde générale sur la fragilité inhérente à toute preuve d'identification.

Voir aussi *R.* v. *Spatola* (1970), 10 C.R.N.S. 143 (C.A. de l'Ont.).

183. McWilliams, *supra*, note 142, p. 294.

184. Voir R. Cross, *supra*, note 137, p. 57, citant *R.* v. *Chapman* (1911), 7 Cr. App. R. 53 (C.C.A.); *R.* v. *Cartwright* (1914), 10 Cr. App. R. 219 (C.C.A.). Voir aussi S. A. Cohen, *Due Process of Law: The*

Canadian System of Criminal Justice, Toronto, Carswell, 1977, p. 82.

185. *Supra*, note 137, p. 57.

186. *Ibid.*, p. 59-60, citant *R.* v. *Christie*, [1914] A.C. 545 (H.L.).

187. *Supra*, note 186, p. 551.

188. Comme l'indiquait, en 1975, la Commission de réforme du droit de l'Australie:

> [TRADUCTION]
> Nous avons maintenant suffisamment de preuves qui nous permettent de conclure au manque de certitude des parades d'identification. Par ailleurs, un comité britannique présidé par lord Devlin étudie présentement toute cette question. Dans un mémoire présenté au comité, le *National Council for Civil Liberties* énumère quinze cas, reconnus ou fortement documentés, de personnes qui, pendant une période de deux ans, ont été reconnues coupables ou ont été renvoyées à la suite d'erreurs sur la personne, commises par les témoins. Dans son onzième rapport, le comité de réforme du droit pénal affirme que l'erreur sur la personne est de loin la principale cause des erreurs judiciaires ou des condamnations susceptibles d'avoir été le résultat d'erreurs judiciaires.

Voir Law Reform Commission of Australia, *supra*, note 15, par. 118, p. 52. Voir aussi Hon. Lord Devlin, *Report to the Secretary of State for the Home Department of the Departmental Committee on Evidence of Identification in Criminal Cases*, Londres, HMSO, 1976.

189. (1941), 76 C.C.C. 270 (C.A. de l'Ont.), p. 271.

190. *Supra*, note 184, p. 87. Voir aussi *R.* v. *Watson* (1944), 81 C.C.C. 212 (C.A. de l'Ont.), où le juge en chef Robertson dit (p. 215) que [TRADUCTION] «dans une certaine limite, l'utilisation de photographies est non seulement utile à l'administration de la justice, mais souvent indispensable».

191. Voir *R.* v. *Ostrowski*, [1958] O.R. 708 (H.C.); *R.* v. *Akerholdt*, [1971] 3 W.W.R. 545 (C. mag. T.Y.); *R.* v. *Friesen* (1977), 9 A.R. 361 (C. dist); *R.* v. *Lord* (1958), 120 C.C.C. 175 (H.C. de l'Ont.); *R.* v. *Serré* (1980), 29 N.B.R. (2d) 324 (B.R. Qué.); I. M. Rabinovitch, «Medicolegal Aspects of Chemical Tests of Alcoholic

Intoxication» (1948), 26 *R. du B. Can.* 1437. Mais voir pour la thèse opposée: *R.* v. *Oliver* (1972), 9 C.C.C. (2d) 526, (C. comté N.-É.); H. R. S. Ryan, «Use of Chemical Tests to Prove Impairment by Alcohol» (1959-60), 2 *Crim. L.Q.* 41. Et voir, généralement, McLeod, *supra*, note 83, p. 1-109 — 1-117.

192. Voir *R.* v. *Servello* (1962), 40 W.W.R. 306 (C. comté C.-B.); *R.* v. *Miller* (1963), 42 W.W.R. 150 (C. comté C.-B.); *R.* v. *Adams* (1958), 30 W.W.R. 429 (C. dist. Alb.); *R.* v. *Arnold* (1961), 38 W.W.R. 449 (C. dist. Sask.); *R.* v. *Hann*, [1968] 4 C.C.C. 301 (C. comté N.-É.); *R.* v. *Brissette* (1966), 57 W.W.R. 1 (C.S. C.-B.); *R.* v. *Bunniss* (1964), 50 W.W.R. 422 (C. comté C.-B.); *R.* v. *Lord*, *supra*, note 191. Voir aussi McLeod, *supra*, note 83, p. 1-109 — 1-117.

193. *Supra*, note 137, p. 442.

194. Le juge Gibson, cité par Cross, *supra*, note 137, p. 448.

195. Cross, *supra*, note 137, p. 448.

196. Voir *R.* v. *Miller*, *supra*, note 192; *R.* v. *Dixon*, [1965] 2 O.R. 547 (C. dist.); *R.* v. *Pollock* (1947), 90 C.C.C. 171 (C. dist. Alb.); *R.* v. *Beauvais*, [1965] 3 C.C.C. 281 (C.S. C.-B.); *R.* v. *Zarins* (1960), 125 C.C.C. 375 (C.A. de l'Ont.). Voir aussi McWilliams, *supra*, note 142, p. 148-149.

197. (1980), 30 O.R. (2d) 247 (C.A.), p. 260.

198. (1983), 31 C.R. (3d) 289 (C.S.C.).

199. [1965] 4 C.C.C. 318 (C. dist. de l'Ont.), par le juge Robinson, p. 328.

200. *Ibid.* L. P. Watts, *supra*, note 73, p. 45-46, où l'on fait observer ce qui suit:

> [TRADUCTION]
> Malgré l'ambiguïté des résultats de l'épreuve dans un certain nombre de cas, normalement il n'y a pas de véritable doute dans l'esprit de l'agent quant à l'affaiblissement des facultés de l'individu. Ces épreuves servent surtout à augmenter le nombre de situations dans lesquelles le comportement de l'individu peut être observé. Cela permet à l'agent de prendre des notes, de donner au jury des descriptions objectives des symptômes cliniques et d'ajouter des détails convaincants à la

description classique de l'individu qui a la langue empâtée, la démarche titubante, les yeux rougis et les vêtements en désordre, qui sent l'alcool et qui farfouille dans son portefeuille.

201. *Supra*, note 199, p. 328.

202. (1965), 111 C.C.C. 317 (C. dist. Alb.).

203. *Ibid.*, par le juge en chef Sissons, p. 319.

204. *Ibid.*

205. (1953), 107 C.C.C. 220 (C.S. T.-N.), par le juge Winter, p. 223.

206. [1914] A.C. 599 (C.P.), p. 609-610.

207. Voir, par exemple, *R.* v. *Leggo* (1962), 133 C.C.C. 149 (C.A. C.-B.); *R.* v. *Johnston*, [1965] 3 C.C.C. 42 (C.A. Man.); *R.* v. *McKenzie*, [1965] 3 C.C.C. 6 (C.A. Alb.); *Wilband* c. *La Reine*, [1967] R.C.S. 14; *Perras* c. *La Reine* (1973), 11 C.C.C. (2d) 449, [1974] R.C.S. 659.

208. (1951), 98 N.E. 2d 553 (C.A. N.Y.), p. 558.

209. [1979] 2 R.C.S. 376, [1979] 7 C.R. (3d) 97. Voir aussi *Ward* c. *La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30, 7 C.R. (3d) 153.

210. Le juge a déclaré (p. 433-434 (R.C.S.), p. 139 (C.R.)):

> Je tiens à ajouter que le droit absolu de l'accusé de garder le silence comprend non seulement le droit de censurer tout renseignement contenu dans son conscient, mais également celui de contrôler l'utilisation de procédés artificiels qui peuvent avoir pour effet de rendre conscients des renseignements refoulés dans son inconscient. En ce sens, l'accusé a le droit absolu de censurer son inconscient aussi bien que son conscient. La police doit prendre l'accusé comme il est et, s'il souffre d'amnésie hystérique, il a le droit de ne pas être soigné contre son gré par des moyens extraordinaires, même si les policiers ou les médecins estiment qu'il devrait l'être.
>
> Apparemment, l'hypnose et la narcoanalyse sont utilisées sur consentement, par certains corps policiers et par la défense, et on a soutenu qu'elles pouvaient être utiles. *Spector* et *Foster* (*op. cit.*); *Lowter* [sic.] (*op. cit.*).

Intoxication» (1948), 26 *R. du B. Can.* 1437. Mais voir pour la thèse opposée: *R.* v. *Oliver* (1972), 9 C.C.C. (2d) 526, (C. comté N.-É.); H. R. S. Ryan, «Use of Chemical Tests to Prove Impairment by Alcohol» (1959-60), 2 *Crim. L.Q.* 41. Et voir, généralement, McLeod, *supra*, note 83, p. 1-109 — 1-117.

192. Voir *R.* v. *Servello* (1962), 40 W.W.R. 306 (C. comté C.-B.); *R.* v. *Miller* (1963), 42 W.W.R. 150 (C. comté C.-B.); *R.* v. *Adams* (1958), 30 W.W.R. 429 (C. dist. Alb.); *R.* v. *Arnold* (1961), 38 W.W.R. 449 (C. dist. Sask.); *R.* v. *Hann*, [1968] 4 C.C.C. 301 (C. comté N.-É.); *R.* v. *Brissette* (1965), 57 W.W.R. 1 (C.S. C.-B.); *R.* v. *Bunniss* (1964), 50 W.W.R. 422 (C. comté C.-B.); *R.* v. *Lord*, *supra*, note 191. Voir aussi McLeod, *supra*, note 83, p. 1-109 — 1-117.

193. *Supra*, note 137, p. 442.

194. Le juge Gibson, cité par Cross, *supra*, note 137, p. 448.

195. Cross, *supra*, note 137, p. 448.

196. Voir *R.* v. *Miller*, *supra*, note 192; *R.* v. *Dixon*, [1965] 2 O.R. 547 (C. dist.); *R.* v. *Pollock* (1947), 90 C.C.C. 171 (C. dist. Alb.); *R.* v. *Beauvais*, [1965] 3 C.C.C. 281 (C.S. C.-B.); *R.* v. *Zarins* (1960), 125 C.C.C. 375 (C.A. de l'Ont.). Voir aussi McWilliams, *supra*, note 142, p. 148-149.

197. (1980), 30 O.R. (2d) 247 (C.A.), p. 260.

198. (1983), 31 C.R. (3d) 289 (C.S.C.).

199. [1965] 4 C.C.C. 318 (C. dist. de l'Ont.), par le juge Robinson, p. 328.

200. *Ibid.* L. P. Watts, *supra*, note 73, p. 45-46, où l'on fait observer ce qui suit:

> [TRADUCTION]
>
> Malgré l'ambiguïté des résultats de l'épreuve dans un certain nombre de cas, normalement il n'y a pas de véritable doute dans l'esprit de l'agent quant à l'affaiblissement des facultés de l'individu. Ces épreuves servent surtout à augmenter le nombre de situations dans lesquelles le comportement de l'individu peut être observé. Cela permet à l'agent de prendre des notes, de donner au jury des descriptions objectives des symptômes cliniques et d'ajouter des détails convaincants à la

description classique de l'individu qui a la langue empâtée, la démarche titubante, les yeux rougis et les vêtements en désordre, qui sent l'alcool et qui farfouille dans son portefeuille.

201. *Supra*, note 199, p. 328.

202. (1965), 111 C.C.C. 317 (C. dist. Alb.).

203. *Ibid.*, par le juge en chef Sissons, p. 319.

204. *Ibid.*

205. (1953), 107 C.C.C. 220 (C.S. T.-N.), par le juge Winter, p. 223.

206. [1914] A.C. 599 (C.P.), p. 609-610.

207. Voir, par exemple, *R.* v. *Leggo* (1962), 133 C.C.C. 149 (C.A. C.-B.); *R.* v. *Johnston*, [1965] 3 C.C.C. 42 (C.A. Man.); *R.* v. *McKenzie*, [1965] 3 C.C.C. 6 (C.A. Alb.); *Wilband* c. *La Reine*, [1967] R.C.S. 14; *Perras* c. *La Reine* (1973), 11 C.C.C. (2d) 449, [1974] R.C.S. 659.

208. (1951), 98 N.E. 2d 553 (C.A. N.Y.), p. 558.

209. [1979] 2 R.C.S. 376, [1979] 7 C.R. (3d) 97. Voir aussi *Ward* c. *La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30, 7 C.R. (3d) 153.

210. Le juge a déclaré (p. 433-434 (R.C.S.), p. 139 (C.R.)):

> Je tiens à ajouter que le droit absolu de l'accusé de garder le silence comprend non seulement le droit de censurer tout renseignement contenu dans son conscient, mais également celui de contrôler l'utilisation de procédés artificiels qui peuvent avoir pour effet de rendre conscients des renseignements refoulés dans son inconscient. En ce sens, l'accusé a le droit absolu de censurer son inconscient aussi bien que son conscient. La police doit prendre l'accusé comme il est et, s'il souffre d'amnésie hystérique, il a le droit de ne pas être soigné contre son gré par des moyens extraordinaires, même si les policiers ou les médecins estiment qu'il devrait l'être.
>
> Apparemment, l'hypnose et la narcoanalyse sont utilisées sur consentement, par certains corps policiers et par la défense, et on a soutenu qu'elles pouvaient être utiles. *Spector* et *Foster* (*op. cit.*); *Lowter* [sic.] (*op. cit.*).

Je m'abstiendrai de commenter de telles pratiques si ce n'est pour constater que même le recours consenti à l'hypnose et à la narcoanalyse à des fins de preuve peut présenter des problèmes: au cours d'un interrogatoire policier normal, un suspect peut renouveler ou refuser son consentement à répondre à chaque question, ce qui n'est plus le cas une fois qu'il est dans un état d'hypnose ou sous l'influence d'un «sérum de vérité», même s'il y a consenti.

211. Comme l'a fait remarquer le juge Garfinkel, de la Cour provinciale du Manitoba, dans l'affaire *R.* v. *K.* (1979), 10 C.R. (3d) 235 (C. prov. Man. (Div. Fam.)), p. 250, au sujet des déclarations obtenues au moyen de l'hypnose:

> [TRADUCTION]
> L'hypnose n'est pas une méthode infaillible et comporte des difficultés inhérentes lorsqu'il s'agit de tirer la vérité d'une personne hypnotisée. En effet, le sujet peut confondre la réalité avec la fiction. Inconsciemment, il peut avoir le désir de collaborer avec son hypnotiseur ... Il peut donner ou avoir l'intention de donner des renseignements que l'on attend de lui qu'il croit être de nature à plaire à son hypnotiseur. Sous l'effet de l'hypnose, le sujet peut mentir ou déformer les faits. L'hypnotiseur ... peut lui suggérer une réponse qui pourrait facilement agir sur sa mémoire. Ce résultat peut être tout à fait involontaire et se produire par une association d'idées ... En outre, le sujet peut sciemment et volontairement mentir. L'hypnose ne garantit pas en soi la vérité.

212. (1928), 50 C.C.C. 271 (C.S. de l'Alb.).

213. MacDonald, *supra*, note 67, p. 261.

214. Redlich, *supra*, note 70.

215. Voir R. S. Spector et T. E. Foster, «Admissibility of Hypnotic Statements: Is the Law of Evidence Susceptible?» (1977), 38 *Ohio St. L.J.* 567, p. 582; L. M. Despres, «Legal Aspects of Drug-Induced Statements» (1947), 14 *U. Chi. L. Rev.* 601, p. 606; D. K. Lowther, «Should Statements Made During Drug Interviews Be Admissible Into Evidence in Criminal Cases?» (1975), 7 *U.W.L.A.L. Rev.* 222, p. 227; *State* v. *Hudson* (1926), 289 S.W. 920 (S.C. Mis.); *State* v. *Lindemuth* (1952), 243 P. 2d 325 (S.C. N.-M.); *Orange* v. *Commonwealth* (1950), 61 S.E. 2d 267 (S.C.A. Virg.); *People* v. *Harper* (1969), 250 N.E. 2d 5 (App. et. Ill.); 111 Ill. App. 2d 204; *Merritt* v. *Commonwealth* (1965), 386 S.W. 2d 727 (C.A. Kent.).

216. (1949), 7 C.R. 464 (H.C. Ont.).

217. Dans cette affaire, le juge en chef McRuer, de la Haute Cour de l'Ontario, a déclaré (p. 478):

> [TRADUCTION]
> Lorsque la découverte du fait confirme la confession — c'est-à-dire lorsqu'il faut conclure à la véracité de la confession en raison de la découverte du fait — alors la partie de la confession que confirme la découverte du fait est recevable, mais rien de plus. De tout ce que l'on a cité, c'est le traité de Taylor qui exprime le point de vue le plus rapproché de cette opinion.
>
> Il est donc permis de mettre en preuve, dans la présente affaire, les faits découverts par suite de la confession irrecevable, mais aucune des déclarations concomitantes que les faits ne confirment pas. Tout ce qu'a fait l'accusé qui tend à démontrer qu'il savait où se trouvaient les objets en cause est recevable en preuve pour établir le fait qu'il savait que ces objets se trouvaient là, puisque la découverte des objets le démontre; en d'autres termes: la connaissance par l'accusé est un fait, l'endroit où l'on a trouvé les objets est un fait. Si l'accusé fait ou dit quelque chose qui indique qu'il savait où se trouvent les objets et que leur découverte le confirme, le fait qu'il le savait est alors établi. Par contre, il n'est pas permis de prouver que l'accusé a dit qu'il a mis les objets à l'endroit où on les a trouvés, puisque leur découverte ne confirme pas cette déclaration. Leur découverte est également conciliable avec la possibilité, pour l'accusé, d'avoir su que quelqu'un d'autre a pu les mettre à l'endroit où on les a trouvés.

218. Voir, par exemple, *R.* v. *Downey* (1954), 20 C.R. 213 (C.S. C.-B.); *R.* v. *Briden* (1960), 33 C.R. 159 (H.C. de l'Ont.); *R.* v. *Haase*, [1965] 2 C.C.C. 56 (C.S. C.-B.); *R.* v. *Bird*, [1967] 1 C.C.C. 33 (B.R. Sask.); *R.* v. *Armstrong* (1970), 11 C.R.N.S. 384 (C.S. N.-É.).

219. [1971] R.C.S. 272. Voir aussi *John* c. *La Reine*, [1971] R.C.S. 781.

220. Voir Cross, *supra*, note 137, p. 462.

221. [1978] 1 R.C.S. 18, p. 24. Voir aussi *R.* v. *Abbey* (1982), 29 C.R. (3d) 193 (C.S.C.), p. 208-214; *R.* v. *Campeau* (1983), 4 C.C.C. (3d) 13 (C.A. Alb.).

222. *Supra*, note 207. Voir aussi *R.* v. *Abbey*, *supra*, note 221, p. 208-214; *R.* v. *Campeau*, *supra*, note 221.

223. Le juge a déclaré (p. 673-674 (R.C.S.), p. 459-460 (C.C.C.)):

> [O]n prétend ... que quelle que soit la preuve quant à des faits qui aurait pu être apportée par le docteur Demay relativement aux déclarations que lui avait faites l'appelant, elle n'aurait pu être acceptée que comme constituant seulement les éléments sur lesquels le docteur Demay pouvait baser son avis et non comme preuve de la véridicité ou fausseté du contenu de ces déclarations, et que si pareille preuve avait été présentée au jury, le savant juge de première instance aurait été tenu d'instruire le jury en conséquence en donnant ses directives. Comme théorie juridique, ce genre d'argument est fort attrayant. M'appuyant sur mes nombreuses années d'expérience en tant que juge de première instance, je suis d'avis que son application est pratiquement impossible. Si un jury entendait le récit détaillé des déclarations faites par l'accusé les 25 et 27 avril relativement aux événements qui se sont produits au cours de la nuit du 24 et 25 avril, il serait tout à fait incapable de refuser de considérer cette preuve comme applicable à la véridicité de pareils faits et d'en limiter plutôt l'effet au seul établissement des éléments constituant la base de l'avis du docteur Demay. Cette difficulté a été reconnue par le savant juge de première instance et admise par l'avocat de la Couronne dans le passage suivant:
>
> [TRADUCTION]
> LA COUR: Le fait qu'il soit un psychiatre à qui la Couronne a demandé d'examiner l'accusé rend-il cette preuve recevable? Est-ce que je peux dire au jury: considérez cette preuve pour ce qu'elle est, c'est-à-dire, comme une preuve d'ordre psychiatrique tendant à réfuter celle du docteur Coburn mais non à déterminer la culpabilité ou l'innocence de l'accusé quant à la question de savoir si oui ou non c'est lui qui a abattu la victime?
>
> Me PICK: Non, je ne crois pas que ce soit possible.
>
> LA COUR: C'est impossible.

Voir aussi M. Manning et A. W. Mewett, «Psychiatric Evidence» (1975-76), 18 *Crim. L.Q.* 325, p. 352-353.

224. *Supra*, note 212.

225. *Supra*, note 219.

226. *Supra*, note 13.

227. *R.* v. *Rowton* (1865), 10 Cox C.C. 25 (C.C.A.), par le juge en chef Cockburn, p. 29.

228. *Thompson* v. *The King*, [1918] A.C. 221 (H.L.), p. 235.

229. *Thompson* v. *The King*, *supra*, note 228; *R.* v. *Robertson*, *supra*, note 8.

230. [1972] 1 O.R. 403 (C.A.), p. 405.

231. *R.* c. *Lupien*, [1970] R.C.S. 263, par le juge Ritchie, p. 275-276.

232. J. Ziskin, *Coping With Psychiatric and Psychological Testimony*, 3e éd., vol. 1, Venice, Calif., Law and Psychology Press, 1981, p. 251.

233. *Ibid.*, p. 260.

234. Commentaire, «The Psychologist as Expert Witness: Science in the Courtroom?» (1979), 38 *Maryland L. Rev.* 539, p. 565-566. Au sujet des tests projectifs de personnalité, l'auteur ajoute (p. 573-574):

> [TRADUCTION]
> Il semble que la plupart des tests projectifs soient insuffisamment normalisés, tant dans leur application que dans leurs résultats. Même des différences subtiles dans la façon dont les instructions verbales sont données et dans les rapports entre l'examinateur et le sujet peuvent modifier sensiblement les résultats des tests. On sait également que certains facteurs comme la facilité d'élocution, la faim, l'envie de dormir, l'absorption de drogues, l'anxiété et la frustration peuvent influer sur les résultats des tests. En bref, les réponses aux tests projectifs ne peuvent être adéquatement interprétées que si l'examinateur dispose d'un bon nombre de renseignements sur les circonstances dans lesquelles ces réponses ont été obtenues et sur les aptitudes et l'expérience du sujet. Il se pourrait que les normes soient, pour de nombreux tests, complètement inexistantes, tout à fait inadéquates ou basées sur des échantillons imprécis. L'évaluation de ces tests est également caractérisée par une absence marquée d'objectivité et les psychologues cliniciens ont tendance à ne se fier qu'à leur «expérience clinique générale» lorsqu'ils interprètent les résultats de ces tests.

Vu ces difficultés, l'auteur conclut (p. 575): [TRADUCTION] «Le fait que les tests psychologiques jouissent d'une persistante popularité parmi les psychologues cliniciens et ce, malgré tous les résultats négatifs sur le plan de l'exactitude, demeure une énigme».

235. Comme le souligne M. E. Schiffer dans son traité intitulé *Mental Disorder and The Criminal Trial Process*, Toronto, Butterworths, 1978, p. 88-89:

[TRADUCTION]

Bien que l'amnésie soit presque toujours présente à la suite d'une crise d'automatisme, elle ne constitue pas, en soi, une preuve médicale de l'automatisme. Toutefois, dans les cas réels d'automatisme, la mémoire est habituellement irrécouvrable. Cela s'explique si l'on se réfère à la théorie, bien connue en psychiatrie, selon laquelle la mémoire comporte trois fonctions psychiques, soit l'*enregistrement*, la *fixation* et l'*évocation*. Qu'il suffise de dire que l'on peut comparer l'enregistrement à la formation d'une image sur une pellicule photographique. Essentiellement, un événement est enregistré lorsque la personne y prête attention. Les psychiatres ont découvert que des troubles mentaux peuvent diminuer l'aptitude d'une personne à prêter attention à des événements. La fixation signifie exactement ce que ce terme veut dire, soit l'immobilisation, dans la mémoire, des souvenirs enregistrés. Enfin, l'évocation est l'aptitude à se «remémorer» un souvenir qui a été enregistré, fixé et effectivement conservé. On dit que l'automatisme psychogénique (c'est-à-dire l'automatisme qui résulte de troubles fonctionnels) et le soi-disant «automatisme normal» (par exemple, le somnambulisme) diminuent la fonction d'enregistrement et, par voie de conséquence, empêchent l'évocation. Cela paraît logique puisque par définition, un automate est dans un état d'inconscience, et l'enregistrement est fonction de l'attention. Par ailleurs, l'automatisme organique (causé par un traumatisme crânien, par l'absorption de drogues ou de l'alcool, par l'épilepsie du lobe temporal, etc.) peut diminuer tant la capacité de fixation que de l'enregistrement. D'autre part, les troubles sérieux de la capacité d'évocation peuvent n'être qu'une amnésie simulée ou peuvent être symptomatiques d'une véritable amnésie *hystérique*. L'amnésie hystérique qui ne présente qu'une difficulté de l'évocation *n'est pas* un symptôme de l'automatisme mais l'exagération d'une tendance, naturelle chez l'homme, à refouler des souvenirs pénibles. En outre, comme ce type d'amnésie peut être réversible, au moyen de l'hypnose et de sédatifs ou, assez souvent, spontanément, on peut présumer que l'enregistrement et la fixation interviennent à un certain moment avant la crise. En bref, le diagnostic d'amnésie hystérique chez le prévenu nous permet de conclure que ce dernier agissait consciemment plutôt que dans un état d'automatisme. Certains auteurs vont jusqu'à affirmer que le refoulement est une manifestation d'un sentiment de culpabilité

et que l'amnésie causée par un trouble de l'évocation devrait être un élément de preuve défavorable à l'accusé plutôt que de lui être favorable.

236. (1972), 8 C.C.C. (2d) 209 (C.A. Sask.); confirmé [1974] R.C.S. 659, (1973) 11 C.C.C. (2d) 449.

237. Voici comment le juge Woods, de la Cour d'appel de la Saskatchewan ((1972), 8 C.C.C. (2d) 209, p. 210-211), a résumé la preuve psychiatrique:

> [TRADUCTION]
> En examinant Perras, le docteur Coburn a découvert les symptômes de ce qui pourrait bien être de l'amnésie. D'après lui, ces symptômes pourraient être reliés à une forte consommation d'alcool, à l'amnésie hystérique ou à l'amnésie simulée. L'amnésie hystérique survient habituellement lorsque l'évocation des souvenirs refoulés est tellement bouleversante ou pénible que l'esprit les censure et se refuse à les remémorer. Le docteur Coburn a administré à Perras du thiopenthal sodique, une drogue qui diminue les fonctions de la partie du cerveau qui enregistre la mémoire. Cette partie, que l'on appelle le cortex, est la partie du cerveau qui fonctionne lorsqu'une personne ment ou lorsqu'elle a des pertes de mémoire hystériques. Le témoin a affirmé que cette drogue est habituellement efficace pour supprimer l'amnésie hystérique. Toutefois, en l'espèce, il a été incapable de supprimer l'amnésie du prévenu et de rétablir chez ce dernier un souvenir des événements en question.
>
> Le docteur Coburn a conclu que Perras souffrait d'une amnésie organique et non d'une amnésie hystérique. Dans le cas d'une amnésie organique, le fonctionnement du cerveau est affecté et comme le docteur Coburn ne possédait aucun autre renseignement, il a conclu que cette amnésie était causée par l'absorption d'alcool. Dans ce type d'amnésie, le cerveau est incapable d'enregistrer un événement dans sa mémoire. Par conséquent, il ne peut s'en rappeler et le fait de diminuer les fonctions du cortex au moyen de drogues ne peut produire de résultats positifs.

Voici un extrait du témoignage du psychiatre (p. 211):

> [TRADUCTION]
> M[e] KLASSEN: Docteur Coburn, la conclusion que vous avez tirée en ce qui a trait au type d'amnésie dont souffrait M. Perras vous a-t-elle donné une idée quant à son état d'esprit au moment de l'infraction?

R. Oui. Si la capacité du cerveau d'une personne à enregistrer des événements dans sa mémoire est suffisamment affaiblie, cette personne est alors incapable, au moment où les événements se produisent, de prendre connaissance de ces événements et de leur donner un sens. Un événement ou, un acte si l'on peut dire, un acte que l'on accomplit a un sens parce que l'on se souvient d'actes similaires ou parce que l'on se souvient de ce qui nous a été dit au sujet de cet acte. Nous avons des sentiments, de même que certaines connaissances des valeurs morales ou légales. Cependant, si votre esprit est tellement diminué que vous êtes incapable d'enregistrer des événements dans votre mémoire, alors vous être incapable d'enregistrer des valeurs appartenant à votre passé. Ainsi, les actes qui se produisent lorsque la personne est dans un état mental suffisamment affaibli pour amener une attaque d'amnésie organique ne sont pas contrôlés par les sentiments, les valeurs morales et les valeurs légales habituelles, parce que ces contrôles sont refoulés au moment de l'acte.

LA COUR: Incapable de former un jugement?

R. Incapable de former un jugement.

LA COUR: Ni une intention.

R. Dans un sens, l'intention doit y être mais c'est une intention qui est formée dans la partie subconsciente de son esprit.

LA COUR:Oui, mais qui n'est pas réprimée par son jugement.

R. Qui n'est pas réprimée par son jugement.

238. Voir *Wheeler* v. *LeMarchant* (1881), 17 Ch. D. 675 (C.A.); *Attorney General* v. *Mulholland*; *Attorney General* v. *Foster*, [1963] 1 All E.R. 767 (C.A.).

239. Voir *R.* v. *Warren* (1973), 14 C.C.C. (2d) 188 (C.S. N.-É.).

240. Voir *R.* c. *Potvin*, [1971] C.A. 155, (1971), 16 C.R.N.S. 233 (C.A. Qué.); *Dembie* v. *Dembie* (1963), 21 R.F.L. 46 (H.C. de l'Ont.), p. 47-48; *Re S.A.S.* (1977), 1 *L. Med. Q.* 139 (C. prov. de l'Ont. (Div. fam.)), p. 141.

241. Des révélations de caractère psychiatrique et psychologique n'ont toutefois pas été admises en preuve à cause d'un texte législatif, en raison de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour ou encore parce qu'elles avaient été obtenues en préparation d'une

instruction judiciaire. Voir, par exemple, *Dembie* v. *Dembie*, *supra*, note 240 et *Kowall* v. *McRae and McRae* (1980), 2 Man. R. (2d) 78 (C.A.).

242. [1974] 4 W.W.R. 310 (C. comté C.-B.).

243. *Projet de loi S-33* de 1982.

244. [1972] Crim. L.R. 99.

245. [1965] 1 All E.R. 506 (H.L.). Voir aussi *R.* v. *Dunning*, [1965] Crim. L.R. 372.

246. *Supra*, note 245, p. 512.

247. *Ibid.*

248. Voir *R.* v. *Phillion* (1972), 10 C.C.C. (2d) 562 (H.C. de l'Ont.); appel rejeté sur une autre question, 37 C.R.N.S. 361, p. 362 (C.A.); confirmé [1978] 1 R.C.S. 18. Mais voir *R.* v. *McKay*, [1967] N.Z.L.R. 139 (C.A.); *Thomas* v. *The Queen*, [1972] N.Z.L.R. 34 (C.A.).

249. Voir *R.* v. *Phillion*, *supra*, note 248.

250. *Supra*, note 248.

251. Voici ce qu'a déclaré le juge Van Camp (p. 563-564):

> [TRADUCTION]
>
> Il ne fait pas de doute qu'au cours des années, les cas qui ont nécessité un témoignage d'expert ont varié. Nul doute que de plus en plus, les experts ont tendance à témoigner au sujet de choses qui sont du ressort exclusif du jury, auquel il leur est de plus en plus permis de prêter leur assistance. Cependant, l'une des principales justifications de l'exclusion de ces expertises doit être maintenue. C'est le cas où l'admission en preuve d'une expertise n'apporterait aucun éclairage utile et pourrait même induire le jury en erreur. Lorsqu'un jury est porté à accepter aveuglément l'opinion d'un expert en raison de la complexité technique de la preuve, il importe dans ce cas de s'assurer que le témoignage de l'expert ne comporte aucune erreur. C'est grâce au témoin que j'ai pu faire l'appréciation du test. En effet, les conclusions qu'il a tirées n'ont été nullement exagérées. Se basant sur plus de trente ans d'expérience dans l'examen et dans la surveillance

d'examens de quelque quarante mille sujets, il a expliqué comment était administré le test. Au cours du contre-interrogatoire, il a souligné que l'appareil utilisé n'avait pas subi de transformations importantes depuis 1960. Je me suis également fortement appuyé sur un article de M. Skolnick, paru dans le volume 70 du Yale Law Journal, pour l'analyse de ce test, laquelle fut encore une fois corroborée sous plusieurs rapports par le témoin.

J'en conclus que dans ce test, la formulation des questions a un effet direct sur la précision des résultats, qu'il est essentiel de gagner la confiance du sujet, qu'une marge d'erreur de un pour cent (il s'agit d'un maximum car on a déjà établi une marge d'erreur d'un dixième de un pour cent) et une fréquence de dix pour cent de tests non concluants sont des résultats insatisfaisants étant donné qu'une partie seulement de ces tests sont vérifiés et que même lorsqu'ils sont vérifiés, les résultats ne sont pas concluants parce qu'il n'existe aucune méthode de vérification indépendante.

La théorie est fondée sur deux prémisses fondamentales : il existe d'une part un lien causal entre le fait de mentir et l'état émotionnel du sujet et, d'autre part, un lien causal entre l'état émotionnel du sujet et les changements physiologiques. D'après le témoignage, le fait de mentir suscite des réactions diverses et, pour différentes raisons, certaines personnes croient au mensonge et d'autres ne s'en préoccupent pas. L'examinateur devait déterminer si le sujet souffrait d'une incapacité physiologique, s'il était inapte socialement ou s'il souffrait de troubles mentaux ou émotifs. Il devait évaluer les tendances émotionnelles du sujet, son contrôle émotif ainsi que son comportement. Comme les questions sont formulées en fonction de ces facteurs, un diagnostic erroné sur l'un de ceux-ci pourrait avoir une incidence sur la nature et la précision des questions. L'examinateur doit faire preuve de beaucoup d'habileté. Il doit interpréter les résultats et diagnostiquer, non seulement une tendance, mais également les fausses déclarations faites par le sujet.

La difficulté est la suivante: cette méthode est un bon moyen de vérifier si le sujet ment et, sur ce point, elle peut être meilleure que l'observation visuelle. Toutefois, vu sa force probante et compte tenu des divers facteurs qui peuvent influencer les données, je ne peux conclure que cette méthode répond aux critères de recevabilité des témoignages d'expert.

252. (1977), 33 C.C.C. (2d) 511 (C.S. C.-B.).

253. [1978] 1 R.C.S. 18.

254. *Ibid.*, p. 25.

255. [1978] 4 W.W.R. 468 (C.A. C.-B.), p. 470.

256. *Supra*, note 248, p. 563.

257. *Supra*, note 253, p. 20.

258. *Supra*, note 232, p. 4.

259. (1978), 45 C.C.C. (2d) 303 (C.A. de l'Ont.).

260. Criminal Law Reform Committee of New Zealand, *supra*, note 34, par. 49, p. 20.

261. Par exemple, en vertu du paragraphe 235(1) du *Code*:

> L'agent de la paix qui croit, en s'appuyant sur des motifs raisonnables et probables, qu'une personne est en train de commettre, ou a commis au cours des deux heures précédentes, une infraction à l'article 234 ou 236, peut, par sommation, exiger sur-le-champ ou dès que possible, qu'elle fournisse les échantillons d'haleine qui, de l'avis d'un technicien qualifié visé au paragraphe 237(6), sont nécessaires à une analyse convenable pour permettre de déterminer son taux d'alcoolémie et qu'elle le suive afin de prélever ces échantillons.

Le paragraphe 240.1(1) du *Code* prévoit une procédure semblable en ces termes: «L'agent de la paix qui croit, en s'appuyant sur des motifs raisonnables et probables, qu'une personne est en train de commettre, ou a commis au cours des deux heures précédentes, une infraction au paragraphe 240(4) ...», c'est-à-dire relativement à la conduite ou à l'utilisation d'un bateau pendant que sa capacité de conduire est affaiblie par l'alcool ou une drogue. Par ailleurs, le paragraphe 234.1(1) du *Code*, dont le libellé est quelque peu différent, édicte ce qui suit:

> L'agent de la paix qui a des raisons de soupçonner la présence d'alcool dans le sang du conducteur d'un véhicule à moteur ou de celui qui en a la garde à l'arrêt, peut lui demander de lui soumettre sur-le-champ tout échantillon d'haleine qu'il estime nécessaire pour procéder à une analyse convenable au moyen d'un alcooltest approuvé et de le suivre, si nécessaire, pour permettre de prélever cet échantillon.

Cette disposition touche essentiellement l'analyse au moyen d'un alcooltest plutôt que l'investigation et l'obtention d'éléments de preuve relatifs aux infractions de conduite en état d'ébriété dont l'agent de la paix soupçonne la perpétration (en s'appuyant sur des motifs raisonnables et probables).

262. *Supra*, note 26.

263. Voir les limites de l'application de cette disposition dans *R.* v. *McLarty (No. 2)* (1978), 40 C.C.C. (2d) 72 (C. comté de l'Ont.); *Re Michelsen and the Queen* (1983), 4 C.C.C. (3d) 371 (B.R. Man.).

264. C.R.C. 1955, p. 1855. Ce texte ne figure pas dans les C.R.C. de 1978, bien qu'il n'ait pas été abrogé.

265. *R.* v. *Toor* (1973), 11 C.C.C. (2d) 312 (C.S. C.-B.).

266. Fait intéressant à signaler, ces dispositions ne font aucune mention expresse des examens psychiatriques et ne font allusion qu'à des «observations». Voir les articles 465, 543, 608.2, 691 et 738.

267. Voir, par exemple, l'article 12 du *Règlement sur le service des pénitenciers*, C.R.C. 1978, chap. 1251, modifié, pris en vertu de la *Loi sur les pénitenciers*, S.R.C. 1970, chap. P-6, modifiée.

268. [1967] R.C.S. 14, (1967) 2 C.C.C. 6.

269. *Ibid.*, p. 19 (R.C.S.), p. 9 (C.C.C.). Voir Schiffer, *supra*, note 70, p. 22. Voir aussi *Perras* c. *La Reine*, *supra*, note 207, p. 662 (R.C.S.), p. 451 (C.C.C.), où le substitut du procureur général est cité comme ayant soulevé au procès «la question de savoir si [les examens de l'accusé par un psychiatre dont les services avaient été retenus par la Couronne] ont respecté les procédures établies et reconnues en matière d'enquêtes psychiatriques».

270. (1977), 35 C.C.C. (2d) 245 (C.A. de l'Ont.), p. 251. Voir aussi *R.* v. *Johnston*, par le juge en chef Miller, p. 50, et *R.* v. *McAmmond*, [1970] 1 C.C.C. 175 (C.A. Man.) par le juge Dickson (alors juge de la Cour d'appel), p. 178. Dans les deux cas, il s'agissait d'*obiter dicta* selon lesquels l'accusé qui faisait l'objet d'une requête pour le faire déclarer délinquant sexuel dangereux, n'avait pas à se soumettre aux examens implicitement envisagés par le *Code*. L'accusé n'avait dans aucun des deux cas été *renvoyé* pour observation. En effet, il n'y avait pas alors de disposition du *Code* prévoyant une période de détention, avant une audition visant à

faire déclarer quelqu'un délinquant sexuel dangereux, dans le but spécifique de recueillir des renseignements de caractère psychiatrique qui seraient pertinents à la question de savoir si l'accusé était un délinquant sexuel dangereux (voir maintenant l'article 691). Le professeur A. W. Mewett avait toutefois exprimé l'opinion que les *obiter dicta* dans *Johnston* et *McAmmond* [TRADUCTION] «s'appliquaient à tous les renvois pour des motifs psychiatriques». Voir A. W. Mewett, «Note on Psychiatric Remands over Defence Objection» (1975-76), 18 *Crim. L.Q.* 27, p. 28.

271. (1980), 52 C.C.C. (2d) 32 (H.C. de l'Ont.).

272. *Ibid.*, p. 37.

273. *Ibid.*

274. *Ibid.*, p. 38. La situation peut être différente lorsqu'on a recours aux lois provinciales sur la santé mentale. Certaines dispositions, plutôt que de constituer une simple autorisation de *renvoi* d'un prévenu pour «observation» ou un ordre à un prévenu de se *présenter* pour «observation», permettent aux tribunaux d'ordonner l'examen psychiatrique des prévenus. De plus, certaines lois renferment des dispositions spécifiques qui ont pour but de forcer la coopération des prévenus récalcitrants.

275. Il est difficile de séparer complètement les pouvoirs de perquisition et de saisie, concomitants de l'arrestation, de la notion d'investigation scientifique. Comme la Commission de réforme du droit de l'Australie le soulignait: [TRADUCTION] «Il existe un chevauchement très net entre le genre d'activités qui peuvent se rattacher à la fouille personnelle accessoire à l'arrestation ... et les examens médicaux». Voir Law Reform Commission of Australia, *supra*, note 15, par. 133, p. 58.

276. *Supra*, note 34, par. 9, p. 4. Ainsi la Commission de réforme du droit de l'Australie, parlant des examens médicaux effectués sur la personne des accusés et des suspects, soulignait (*supra*, note 15, par. 130, p. 57):

> [TRADUCTION]
> [i]l est évident que le common law n'oblige pas une personne en état d'arrestation ou soupçonnée d'un crime à se soumettre à un examen médical sans son consentement. L'usage de la force, par un policier, un médecin ou quelqu'un d'autre, pour contraindre une personne à se soumettre à un examen ou à fournir un échantillon de sang ou d'urine ou une autre substance organique, constituerait des voies de fait.

Voir *Ex parte Kearney*, [1966] Qd. R. 306 (S.C.), p. 311.

277. Voir *R.* v. *Turnick (No. 2)*, *supra*, note 65, où l'on a prélevé, au moyen d'un massage de la prostate et à l'aide d'un cathéter, des échantillons de sperme du pénis de l'accusé, afin de déterminer, par l'analyse de ces échantillons, si l'accusé souffrait de blennorragie. L'accusé dans cette affaire était inculpé du viol d'une fillette de sept ans qui aurait selon toute vraisemblance attrapé la maladie de lui. Le juge Mellish a exprimé des doutes à savoir s'il est légal de forcer un accusé à se soumettre à des examens médicaux. Il a fait part de ces doutes en ces termes (p. 77):

> [TRADUCTION]
> ... je ne crois pas qu'il soit si évident que l'accusé, apparemment un étranger ne parlant pas l'anglais, ait consenti à l'examen. Je pense plutôt qu'il est plus que probable que l'accusé croyait qu'il devait se soumettre à un tel examen. Je crois que le poursuivant se devait au moins d'établir d'abord les circonstances qui auraient justifié un tel examen ... si de telles circonstances ou une telle situation pouvaient exister, possibilité sur laquelle je ne me prononce pas.

278. (1948), 93 C.C.C. 111 (C. sess. Qué.).

279. Voici ce qu'a déclaré le juge (p. 113):

> [TRADUCTION]
> Dans l'état actuel du droit pénal, on peut affirmer que la personne du prévenu est inviolable et que le droit d'une personne à son intégrité est inaliénable. Ces droits sont sacrés. Nous devons nous imprégner du principe selon lequel l'accusé est libre. Il incombe aux autorités de recueillir les éléments de preuve nécessaires à la condamnation de l'accusé lorsqu'elles sont convaincues de sa culpabilité, mais ce dernier n'est pas obligé de leur prêter son assistance en s'incriminant. Un prélèvement sanguin est une atteinte à l'intégrité physique d'une personne et le juge n'a pas le pouvoir d'ordonner un tel prélèvement si la loi ne l'y autorise pas. Le fait de prendre le pouls d'une personne ou de mesurer la tension artérielle ne sont, à toutes fins utiles, que d'autres moyens similaires qui visent à établir la culpabilité de l'accusé. La situation est différente dans le cas de la prise d'empreintes digitales puisqu'elle est permise par une loi spéciale.

280. [1949] B.R. 385, (1949) 94 C.C.C. 392 (B.R. du Qué.).

281. [1965] 4 C.C.C. 298 (H.C. de l'Ont.). Voir aussi *W.* v. *W. (No. 4)*, [1963] 2 All. E.R. 386, confirmé par [1963] 2 All. E.R. 841 (C.A.).

282. C. C. Savage, «Blood Tests in Intoxication Cases» (1950), 96 C.C.C. 241, p. 244.

283. *Ibid.*

284. (1961), 36 C.R. 243 (C. mag. C.-B.), p. 243. Voir *R.* v. *Weller* (1917), 40 O.L.R. 296 (H.C.) où la légalité d'obliger l'accusé à se soumettre à un examen médical n'a pas fait l'objet de commentaire. Il n'est pas clair toutefois, à la lecture de cet arrêt, si l'accusé s'était soumis volontairement à l'examen.

285. [1965] 1 C.C.C. 130 (C.A. C.-B.).

286. (1952), 103 C.C.C. 175 (C.S. N.-É.).

287. Mais voir *R.* v. *Whittaker* (1924), 42 C.C.C. 162 (C.S. de l'Alb.) où il a été décidé qu'un magistrat peut ordonner à un accusé témoignant pour sa propre défense de fournir un échantillon de son écriture même si cela pourrait l'incriminer, puisque la disposition pertinente de la *Loi sur la preuve du Canada* ne vise que les réponses aux questions. Voir pour l'opinion contraire *R.* v. *Grinder* (1905), 10 C.C.C. 333 (C.S. C.-B.); *R.* v. *Henderson* (1911), 18 C.C.C. 245 (Cour gén. sess. Qué.), décisions qui sont expressément désapprouvées dans *Whittaker*.

288. Voir Indian Law Institute, *supra*, note 16, p. 12-13. Voir aussi L. House, «Criminal Procedure — Self-Incrimination — Scientific Tests of Body Substances as Evidence», (1955-56), 44 *Kentucky L.J.* 353, p. 358, où il est dit ceci: [TRADUCTION] «Il existe des situations où il serait difficile de déterminer si le comportement de l'accusé est passif ou s'il est actif».

289. [1976] 1 R.C.S. 763, (1975) 24 C.C.C. (2d) 1 (C.S.C.).

290. *Ibid.*, p. 771 (R.C.S.), p. 7 (C.C.C.).

291. *Ibid.*

292. [1964] 2 All E.R. 610 (C.A.).

293. *Ibid.*, p. 617.

294. *Supra*, note 289, p. 772 (R.C.S.), p. 8 (C.C.C.).

295. G. Williams, «Identification Parades — I», [1963] *Crim. L.R.* 479, p. 480-481.

296. (1977), 77 D.L.R. (3d) 252 (C. prov. C.-B., (Div. fam.)).

297. S.R.C. 1970, chap. J-3, modifiée.

298. *Supra*, note 26.

299. *Supra*, note 148.

300. [1933] S.L.T. 482.

301. (1957), 118 C.C.C. 365 (C.S. N.-B.).

302. *Supra*, note 296, p. 276.

303. *Ibid.*

304. *Ibid.*, p. 277.

305. *Supra*, note 219.

306. [1975] 2 R.C.S. 574, (1974) 18 C.C.C. (2d) 65 (C.S.C.).

307. *Supra*, note 296, p. 281-282.

308. *Supra*, note 36.

309. *Ibid.*, p. 18.

310. *Ibid.*

311. *Ibid.*, p. 19.

312. (1978), 2 C.R. (3d) 55 (C.A. C.-B.).

313. *Ibid.*, p. 73. L'opinion du juge était basée sur une analyse complète de la jurisprudence écossaise et canadienne citée par le juge de première instance. La première décision à laquelle il s'est référé est l'arrêt *Adair* v. *M'Garry* (*supra*, note 300). Dans cette affaire, le lord juge général Clyde avait affirmé que la prise d'empreintes digitales était, comme la fouille d'une personne, une mesure

accessoire à l'arrestation. Lord Sands et lord Morison avaient émis des opinions semblables. Toutefois, comme le juge Branca l'a souligné (*supra*, note 312, p. 63 et 65), le lord juge n'a cité aucun précédent établissant que cette méthode trouvait sa justification dans le common law britannique. Par ailleurs, le lord juge greffier Alness était d'avis que la prise d'empreintes digitales étant un procédé assez récent, on ne pouvait pas réellement s'attendre à ce qu'il y ait de précédent établi en common law relativement à son application. Il a néanmoins déclaré (p. 489):

> [TRADUCTION]
> [L]e pouvoir auquel prétend la police est un pouvoir nécessaire et approprié pour l'investigation criminelle et la découverte de l'auteur de l'infraction. De plus ... il ne porte pas indûment atteinte aux droits de la personne. Il est souvent difficile de faire l'équilibre entre l'intérêt public d'une part et celui des individus d'autre part. Cependant, en l'espèce, je ne crois pas que cette tâche soit difficile. Comme l'a fait remarquer le lord avocat, nous n'avons aucune raison de penser que la police, qui dans le passé a prétendu à l'exercice des pouvoirs qui sont l'objet du présent litige, a abusé de ses pouvoirs; le système n'a pas soulevé de tollé général. En outre, comme le droit revendiqué par la Couronne n'est pas interdit par le common law et que si ce droit lui était refusé, la police serait, à mon avis, incapable de poursuivre son travail d'investigation et de détection des crimes, j'estime que j'ai le devoir de sanctionner le droit que revendique la Couronne et de rejeter la thèse qui nie l'existence d'un tel droit.

Le juge a cependant ajouté (p. 489):

> [TRADUCTION]
> Depuis que j'ai rédigé cette opinion, j'ai eu l'occasion de lire une circulaire du ministère de l'Intérieur datée du 14 janvier 1926 (481468/34) qui, me semble-t-il, énonce qu'en Angleterre, la police n'a pas le pouvoir, en vertu du common law, de prendre les empreintes digitales d'un prévenu et que cette méthode ne peut être appliquée, lorsque le prévenu s'y oppose, que s'il a été «renvoyé en prison» et qu'une autorisation a été donnée par le Secrétaire d'État ou par un juge de paix. On m'a informé qu'aucune circulaire semblable n'a été publiée en Écosse. Par ailleurs, rien dans la circulaire du ministère de l'Intérieur ne m'incite à croire que les principes de droit en vigueur en Écosse, que j'ai énoncés dans mes motifs, ne sont pas tels que je les ai exprimés.

Selon le juge d'appel Branca, [TRADUCTION] «[c]ette partie de son jugement démontre que le ministère de l'Intérieur, tout au moins,

était d'avis que la police n'avait pas le droit, en vertu du common law d'Angleterre, de prendre les empreintes digitales du prévenu». (p. 65)

Lord Hunter, qui a étudié cette question en détail, a conclu que dans les faits, il n'existe pas, en vertu du common law, de pouvoir de la police de prendre les empreintes digitales des suspects. Voici ce qu'il a déclaré (p. 489-90):

> [TRADUCTION]
> On peut se demander si le droit réclamé pour la police (ce droit comportant celui de commettre des voies de fait contre un suspect) est conforme au principe du common law selon lequel un suspect a droit à sa liberté individuelle.
>
> Lorsque cette question a été soulevée et plaidée devant moi dans l'affaire *Inglis* (une décision de la Cour de circuit de Glasgow rendue le 14 décembre 1932 qui n'a pas été publiée), j'ai demandé à l'avocat de la Couronne s'il pouvait me citer un passage de n'importe quel ouvrage qui fait autorité en droit pénal écossais ou d'une opinion motivée, favorable à cette these, d'un juge écossais ayant présidé un procès criminel. La réponse a été négative. Par ailleurs, l'avocat du prévenu m'a cité une décision rendue en matière civile (*Adamson* v. *Martin*, [1916] S.C. 319) où les juges ont rejeté les prétentions de la Couronne. Dans cette affaire, un jeune homme de dix-sept ans était inculpé d'une infraction criminelle. Il n'a pas été mis en état d'arrestation, la date de son procès a été fixée et il a été mis en liberté sous caution. Après son inculpation, un agent de police a photographié le jeune prévenu et a pris ses empreintes digitales sans son consentement. Au terme du procès, le prévenu a été acquitté. Ce dernier a par la suite engagé une poursuite civile en vue de faire détruire la photographie et les empreintes digitales et en vue de réclamer des dommages-intérêts. Le tribunal a jugé que l'enquêteur avait agi illégalement en prenant la photographie et les empreintes digitales du demandeur et que rien dans la loi ni dans le common law ne permettait de tels actes. Il semble évident qu'en admettant le bien-fondé de la thèse de la Couronne, la Cour n'aurait pu, en l'espèce, conclure à l'illégalité, en vertu du common law, des actes de l'enquêteur. Comme le prévenu n'avait pas été renvoyé en prison en attendant son procès, l'enquêteur n'était pas en mesure d'obtenir une autorisation en vertu des dispositions mentionnées ci-dessous. Toutefois, la police tenait le prévenu pour être l'auteur d'une infraction. D'après le procès-verbal, le demandeur prétendait, au soutien de sa thèse, et je crois qu'il devait établir le bien-fondé de cet argument pour espérer avoir gain de cause, que la police n'avait pas le

droit, en vertu du common law, de prendre des photographies ni les empreintes digitales des détenus. Dans sa décision, le lord juge greffier a déclaré (p. 324):

> Selon moi, il n'y a rien dans le common law qui autorise la prise de photographies et d'empreintes digitales du demandeur comme ce fut le cas en l'espèce.

Après avoir étudié les diverses opinions émises dans l'affaire *Adair*, le juge Branca a conclu (p. 71): [TRADUCTION] «L'analyse de cet arrêt écarte toute présomption selon laquelle en l'absence d'une autorisation expresse dans la loi, la prise d'empreintes digitales est autorisée en vertu du common law d'Angleterre».

314. *Supra*, note 148.

315. *Supra*, note 312, p. 73.

316. (1944), 82 C.C.C. 264 (B.R. Man.).

317. *Ibid.*, p. 267.

318. (1978), 45 C.C.C. (2d) 157 (C.S. Î.-P.-É.), infirmé par (1978), 4 C.R. (3d) 353.

319. *Ibid.*, p. 161.

320. Arrêt inédit, 31 janvier 1978 (Cour dist. de l'Ont.); (1977-78), 2 W.C.B. 184.

321. Se référant à l'affaire *Marcoux et Solomon* c. *La Reine*, le juge Vannini a déclaré (p. 3 et 4 de la version originale du jugement):

> [TRADUCTION]
> Il n'y a, selon moi, aucune différence entre le fait de contraindre un suspect à prendre part à une parade d'identification et le fait d'obliger un prévenu à se soumettre à la prise d'empreintes digitales à des fins d'identification. Par ailleurs, l'emploi de la force pour prendre les empreintes digitales d'un suspect, est sujet à la mise en garde énoncée dans l'affaire *Marcoux et Solomon* c. *La Reine* relativement à l'emploi de la force pour obliger un prévenu ou un suspect à prendre part à une parade d'identification, hormis le fait que *pour les empreintes digitales, la contrainte physique raisonnable dans les cas où la* Loi sur l'identification des criminels *ne s'applique pas, est accessoire aux pouvoirs d'arrestation et d'enquête de la police* et est recevable en preuve ...

En outre, je considère que la loi n'oblige pas l'agent de police à informer le prévenu de son droit de refuser de se soumettre à la prise d'empreintes digitales non plus qu'elle ne l'oblige, eu égard à l'arrêt *Marcoux et Solomon*, à informer le prévenu de son droit de refuser de prendre part à une parade d'identification. En effet, dans cette affaire, la Cour a jugé que le fait d'obliger un prévenu à s'y soumettre est un pouvoir accessoire au pouvoir d'arrestation et d'enquête, que la police a le droit d'exercer ce pouvoir et que le prévenu n'a pas le droit de refuser de participer à une parade d'identification ou de se soumettre à la prise de ses empreintes digitales. [C'est nous qui soulignons]

322. (1982), 70 C.C.C. (2d) 71 (C.A. C.-B.), infirmant (1981), 64 C.C.C. (2d) 155 (C.S. C.-B.). La requête pour permission d'en appeler devant la Cour suprême du Canada a été accueillie le 22 octobre 1982.

323. Voir *R.* v. *Ireland* (1970), 126 C.L.R. 321 (H.C. Australie), par le juge en chef Barwick, p. 334; *R.* v. *Hass*, [1972] 1 N.S.W.L.R. 589 (C.C.A.); *Adamson* v. *Martin*, [1916] S.C. 319.

324. Sir C. Philips, *Royal Commission on Criminal Procedure: The Investigation and Prosecution of Criminal Offences in England and Wales: The Law and Procedure*, Cmnd. 8092-1, Londres, HMSO, 1981, par. 95, p. 34.

325. *Ibid.*

326. Voir *Attorney-General of Québec* v. *Begin*, [1955] R.C.S. 593, (1955) 21 C.R. 217; «Police Warned of Civil Suits», *Globe and Mail*, le 20 novembre 1981, p. 10.

327. *Supra*, note 289.

328. *Ibid.*, p. 771 (R.C.S.), p. 7 (C.C.C.).

329. *Ibid.*

330. Voir *Marcoux et Solomon*, *supra*, note 289, p. 771 (R.C.S.), p. 7 (C.C.C.). Voir aussi notre analyse de la défense «d'application de la loi», p. 130-139 du document de travail 29 intitulé *Partie générale — responsabilité et moyens de défense*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, 1982.

331. Voir *R.* v. *McIntyre*, [1952] 2 D.L.R. 713 (C.S. de l'Alb.).

332. Ainsi, dans l'affaire *R.* v. *McNamara* (1950), 11 C.R. 147 (C.A. de l'Ont.), on a, à la demande de la police, prélevé un échantillon de sang d'un prévenu qui, même s'il était blessé, y avait consenti. On a jugé que les résultats de l'analyse du sang étaient admissibles en preuve lors du procès du prévenu relativement à une accusation portée contre lui en rapport avec l'accident de la circulation au cours duquel il avait été blessé. Cette décision a été confirmée en appel. Comme l'a affirmé le juge de première instance (cité d'une manière approbative aux pages 150 et 151):

> [TRADUCTION]
> En l'espèce, j'hésite à conclure que le médecin a mal agi en prélevant un échantillon du sang du prisonnier. Le médecin lui a demandé s'il pouvait lui faire une prise de sang et le prisonnier y a consenti. Je ne peux présumer que l'état d'esprit du prisonnier était tel qu'il n'était pas en mesure de donner un consentement valable. Je ne pense pas qu'il y ait devant moi suffisamment d'éléments de preuve pour faire naître dans mon esprit même un doute raisonnable en ce qui concerne l'incapacité du prisonnier de donner un consentement valable. Toutefois, *si l'échantillon avait été prélevé sans son consentement et à son corps défendant, il n'aurait, contre le médecin, qu'un recours fondé sur la responsabilité délictuelle de ce dernier et ce, même si cet acte pourrait constituer une atteinte à sa vie privée et un empiétement sur ses droits. Je ne suis pas convaincu que l'échantillon ou les résultats de l'analyse ne puissent pas être produits en preuve pour ou contre l'accusé.* [C'est nous qui soulignons]

Dans l'affaire *R.* v. *Baker* (1952), 14 C.R. 289 (C. dist. Ont.), on avait prélevé un échantillon du sang d'un prévenu hospitalisé qui avait perdu connaissance à la suite d'un accident de la circulation. Ce prélèvement avait été fait, à la demande de l'agent enquêteur, par le médecin au service des urgences. Le prévenu, qui fut inculpé de conduite en état d'ébriété, prétendit qu'en vertu des paragraphes 284(4*d*) et (4*e*) du *Code* (ces dispositions étaient analogues à l'alinéa 237(1)*b*) et au paragraphe 237(2) du *Code* actuel), la preuve de l'analyse d'un échantillon de sang prélevé sans le consentement de l'accusé était irrecevable, mais cette thèse fut rejetée.

Dans l'affaire *R.* v. *Devison* (1974), 21 C.C.C. (2d) 225 (C.S.N.-É., Div. App.), l'accusé, qui était hospitalisé en raison de blessures, consentit à une prise de sang après qu'on lui eut dit, semble-t-il, que le but de ce prélèvement était de mesurer l'alcoolémie et après qu'on lui eut fait signer une formule de consentement. Les résultats de l'analyse du sang furent admis en preuve lors de son procès pour négligence criminelle causant la mort et ce, malgré le fait que le prévenu avait protesté en déclarant qu'il ne se souvenait pas

d'avoir consenti à une prise de sang. Comme l'a fait remarquer le juge de première instance (p. 230): [TRADUCTION] «La preuve de l'état physique du prévenu, peu importe qu'elle ait été obtenue illégalement» serait recevable [TRADUCTION] «même si le prévenu avait été assommé et battu et que le sang eut été retiré de son corps ...». L'appel interjeté par le prévenu de sa condamnation fut rejeté par la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse. Sur ce point, le juge d'appel Mcdonald a simplement déclaré (p. 234): [TRADUCTION] «... il importe peu ... de savoir si l'échantillon de sang a été prélevé avec ou sans le consentement du sujet. En effet, l'échantillon et les résultats de l'analyse chimique étaient admissibles en preuve». En rendant sa décision, il est clair que le juge a fondé en grande partie ses motifs sur le jugement de la Cour suprême du Canada dans *Attorney-General of Québec* v. *Begin*. Dans cette affaire, le juge en chef Kerwin (auquel s'est rallié le juge Abbott) a dit (*supra*, note 326, p. 219):

> [TRADUCTION]
> En l'espèce, le prévenu a donné son consentement, mais je souscris à la conclusion du juge dans l'affaire *McNamara* selon laquelle même si on ne lui avait pas demandé son consentement et, par voie de conséquence, que le prévenu n'y ait pas consenti, la preuve serait néanmoins recevable. La décision de la Cour d'appel criminelle d'Angleterre dans l'affaire *Rex* v. *Nowell*, [1948] 1 All. E.R. 794, 32 Cr. App. R. 173 est au même effet. Dans cette affaire, on n'avait pas allégué que l'on avait eu recours à la force pour examiner Nowell. De même, en l'espèce, on n'a pas allégué que la force a été employée. Comme l'a affirmé le Comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire *Kuruma* v. *The Queen*,[1955] A.C. 197, p. 203:
>
> > ... pour décider si la preuve est recevable, le critère qu'il faut appliquer est celui de la pertinence de la preuve par rapport aux questions qui sont en litige.
>
> À la p. 204, le tribunal a ajouté:
>
> > ... lorsqu'il s'agit strictement d'une question de recevabilité de la preuve, il faut se demander non pas si l'emploi de la méthode qui a permis d'obtenir cette preuve constitue une faute qui peut être excusée mais si la preuve qui a été obtenue est pertinente eu égard à la question en litige.

333. *Supra*, note 326.

334. [1918] 1 K.B. 531 (C.C.A.).

335. *Ibid.*, p. 533.

336. *Ibid.*, p. 538.

337. [1948] 1 All E.R. 794 (C.C.A.).

338. Se référant à cette jurisprudence, le juge a conclu (*supra*, note 326, p. 602):

> Dans les deux causes précitées, la Cour d'Appel d'Angleterre n'a donc pas ... donné effet à cette théorie de l'inviolabilité de la personne dont il est question dans *Rex* v. *Fréchette* (*supra*). Je ne sache pas non plus qu'on ait jamais, pour ces motifs, exclu, comme inadmissible, de la preuve au procès, le rapport de faits incriminant définitivement l'accusé et que lui-même supplée involontairement, tel que par exemple : — sa tenue, sa démarche, son vêtement, sa façon de parler, son état de sobriété ou d'ébriété; son calme, son énervement ou son hésitation, ses marques d'identité, son identification lorsqu'à ces fins il est mis en ligne parmi d'autres personnes; la présence sur lui-même d'objets volés ou d'objets dont la possession uniquement constitue une infraction à la loi et donne lieu à des poursuites criminelles, telle la possession de narcotiques, de spiritueux illégalement manufacturés ou importés, et autres. Sans doute, la méthode employée pour l'obtention de certaines de ces preuves peut, dans certains cas, être illégale et même donner lieu à des recours d'ordre civil ou même criminel, contre ceux qui l'ont utilisée, mais on ne discute plus de la proposition voulant qu'en ces cas, l'illégalité entachant la méthode d'obtention de la preuve n'affecte pas, *per se*, l'admissibilité de cette preuve au procès.

339. (1961), 34 C.R. 350 (C.S. de l'Alb.).

340. Le juge Milvain s'est exprimé en ces termes (p. 354):

> [TRADUCTION]
> Selon moi, la jurisprudence relative aux analyses de sang ne s'applique pas aux méthodes comme celles qui sont en cause dans la présente affaire. En l'espèce, on a demandé au prévenu de faire des actes volontairement, et ces actes auraient très bien pu avoir été influencés par son état d'esprit. Si les personnes en situation d'autorité l'ont effrayé ou l'ont rendu nerveux, il a très bien pu perdre le contrôle de ses membres. Par conséquent, j'estime que les résultats de ces méthodes ne peuvent être admis en preuve à moins de prouver leur caractère volontaire comme dans le cas des déclarations orales et écrites.

341. *Supra*, note 284.

342. (1961), 35 C.R. 276. Voici ce qu'a affirmé notamment le juge Macdonald, auquel se sont ralliés le juge en chef Smith et le juge Kane (p. 280-289):

> [TRADUCTION]
> Afin de déterminer si une déclaration faite par un prévenu est admissible, on fait un «procès à l'intérieur d'un procès» que l'on appelle habituellement un «voir-dire». Au cours du voir-dire, il faut relater l'ensemble des circonstances entourant cette déclaration et la Couronne doit présenter, à tout le moins pour les fins du contre-interrogatoire, tous les témoins (à l'exception de ceux dont l'absence est motivée) qui étaient présents lorsque le prévenu a fait sa déclaration. Lors du voir-dire, il est permis au prévenu de citer des témoins, y compris lui-même, en vue de prouver d'autres circonstances qui pourraient laisser planer un doute dans l'esprit du juge relativement au caractère volontaire de la déclaration.
>
> Les épreuves que l'on a fait subir à l'appelant à la demande de la police font-elles partie de cette catégorie? Autrement dit, la Couronne a-t-elle le fardeau de prouver que ces épreuves ont été subies volontairement de la même manière que les déclarations volontaires de l'accusé qui sont admises en preuve? Il ne me paraît pas y avoir de comparaison possible entre le fait d'imposer ces épreuves et le fait de forcer le prévenu à faire une déclaration contre son gré. En effet, il y a une importante différence entre les déclarations d'un prévenu et les actes et la conduite de ce dernier.
>
> L'expérience démontre que dans certaines circonstances et dans certaines situations stressantes, certains individus font des déclarations qui sont complètement fausses et ils vont parfois jusqu'à faussement admettre leur culpabilité.
>
> Wigmore, à la page 246 du volume 3 de la 3e édition, traite de la question du caractère douteux de la preuve d'un aveu fait dans certaines circonstances:
>
> > Ainsi, l'exclusion d'un aveu est fondée sur le principe selon lequel la preuve de cet aveu est, dans certaines conditions, *douteuse*.
>
> ...
>
> Par ailleurs, la question de la recevabilité de la preuve des résultats des épreuves me paraît, en l'espèce, fondée sur un principe tout à fait distinct. Cette preuve n'a pas été obtenue du prévenu mais de la police qui a observé ce dernier. Le

prévenu, qui était au quartier général de la police en présence de deux constables, s'est vu demander par le sergent Grandis de subir certains tests, soit a) marcher le long du passage qui relie la salle d'attente au bloc cellulaire; b) se tenir debout sur une seule jambe et ramasser une pièce de monnaie sur le sol; c) fermer ses yeux et toucher son nez avec son index; d) le sergent s'est accoudé sur la table, a levé un avant-bras et, en pointant son index, a demandé au prévenu de toucher le doigt pointé avec son index.

La preuve des gestes de l'accusé lors de ces épreuves est une question de fait. Chaque policier qui était présent lors de l'application de ces tests pouvait témoigner sur la performance du prévenu. Ces témoignages auraient porté sur ce qu'ils ont observé personnellement. Les témoignages des policiers auraient porté sur un fait, mais c'est le tribunal qui, en tenant compte de l'ensemble des circonstances, aurait la tâche d'en évaluer la force probante. De toute évidence, cette preuve se rapporte à la question de savoir si le prévenu était ou non en état d'ébriété en raison de l'absorption d'alcool.

...

Selon moi, il est clair que le principe selon lequel le poursuivant doit prouver le caractère volontaire de la déclaration d'un prévenu avant de la produire en preuve ne s'applique pas à la preuve des résultats des tests de sobriété que les policiers font subir aux prévenus.

Tout en souscrivant à l'opinion du juge Macdonald, le juge d'appel Johnson a fait les réserves suivantes (p. 292-293):

[TRADUCTION]

On a cité des arrêts concernant l'analyse de sang et l'on a prétendu que ces jugements devraient, par analogie, s'appliquer en l'espèce. Il y a cependant une importante distinction à faire dans la présente affaire. En effet, la conduite du prévenu, pendant l'application de ces tests, a été de s'y soumettre volontairement alors que les résultats des analyses de sang ne sont pas modifiés par la conduite du prévenu. Étant donné que le prévenu, s'il avait été amené à le faire, aurait pu simuler une ébriété plus grande que ce qu'elle était effectivement, le savant juge de première instance a décidé que les règles concernant l'admissibilité en preuve des aveux et des déclarations incriminantes devraient s'appliquer aux types de tests subis en l'espèce par le prévenu.

L'expérience a démontré que bien souvent, la preuve des aveux et des déclarations incriminantes n'est pas fiable. C'est

pourquoi cette preuve est soumise à des règles qui doivent être respectées avant qu'elle ne soit admise. Pendant plusieurs siècles, on a reconnu que la force probante des aveux arrachés sous la torture était à peu près nulle. On peut douter de la force probante de ces aveux lorsqu'ils sont obtenus à la suite de l'exercice d'une coercition que l'on qualifie habituellement d'«interrogatoire au troisième degré». On peut également douter de la force probante d'aveux obtenus plus subtilement, soit par des menaces ou des promesses, de personnes qui, souvent pour la première fois, ont des ennuis et qui pensent que ces déclarations constituent la meilleure façon de se libérer. Il est tout à fait normal que les personnes ayant des ennuis veuillent expliquer comment ils ont joué de malchance. Les personnes en autorité qui sont peu scrupuleuses peuvent profiter de l'angoisse et de la peur de ces personnes et obtenir par des menaces ou des promesses des déclarations que la loi, à juste titre, considère suspectes. C'est pourquoi la loi exige qu'avant la production en preuve d'un aveu ou d'une déclaration incriminante, il faut d'abord en prouver le caractère volontaire.

Je suppose que dans certaines circonstances, une personne que l'on soupçonne être en état d'ébriété peut être amenée, par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage, à exagérer sa conduite de manière à laisser paraître un état d'ébriété plus avancé. Si ce fait peut être prouvé, l'observation de cette conduite ne devrait pas être admise en preuve.

Quoiqu'il en soit, le juge a déclaré (p. 293):

[TRADUCTION]
Les chances pour qu'une personne soit amenée à simuler un état d'ébriété de cette manière sont tellement minces qu'il n'est pas nécessaire, à mon avis, d'établir des règles régissant l'admissibilité en preuve des aveux et des déclarations incriminantes. Ces deux types de preuve, soit la preuve des circonstances des déclarations et la preuve de l'accomplissement des tests sont tellement différents (et le besoin de se justifier, dont il est si facile d'abuser, n'est pas présent en l'espèce) qu'aucune analogie ne peut être faite entre eux.

Toutefois, comme l'a fait remarquer le juge Porter, dissident (p. 291-292):

[TRADUCTION]
Certains affirment que les chances pour qu'un prévenu feigne l'ivresse, lors de l'application de ces tests sont minces. Je pense que cela ne fait aucun doute. Cependant, on peut très bien envisager l'hypothèse où un prévenu chez qui on aurait

> suscité la crainte d'un préjudice ou l'espoir d'un avantage, simulerait une diminution de ses facultés pendant l'application d'une méthode. Le fait que les chances soient minces ne justifie pas une modification de la règle, car toute règle qui, comme celle-ci, porte atteinte à la liberté d'une personne, doit être destinée à prévenir les injustices, non seulement la plupart du temps mais toutes les fois qu'elles se produisent.

Nous pensons qu'en voulant déterminer si les méthodes d'investigation scientifiques en question étaient suffisamment analogues aux aveux pour que la règle du caractère volontaire s'applique, la majorité de la Cour dans l'affaire *Martin* n'aura réussi qu'à embrouiller la distinction, établie par le juge d'appel Porter et par le juge de première instance, entre la preuve des résultats d'analyse de sang et la preuve obtenue par l'application de méthodes d'investigation qui sont intrinsèquement moins fiables.

343. [1969] Crim. L.R. 39.

344. *Ibid.*, p. 40.

345. *Ibid.*

346. *Supra*, note 13.

347. Le paragraphe 24(2) prévoit:

> Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

348. *Supra*, note 13.

349. S.R.C. 1970, App. III.

350. [1972] R.C.S. 889, (1972) C.R.N.S. 281.

351. Jugement auquel ont souscrit les juges Abbott, Hall, Spence et Pigeon.

352. *Supra*, note 350, p. 906 (R.C.S.), p. 296 (C.R.N.S.).

353. *Ibid.*, p. 912 (R.C.S.), p. 300 (C.R.N.S.).

354. *Ibid.*, p. 916-917 (R.C.S.), p. 285 (C.R.N.S.).

355. *Supra*, note 332.

356. *Supra*, note 289.

357. *Supra*, note 270.

358. *Ibid.*, p. 250-251.

359. *Ibid.*, p. 251.

360. *Ibid.*, p. 250.

361. Voir *R.* v. *Altseimer* (1982), 29 C.R. (3d) 276 (C.A. de l'Ont.); *R.* v. *Holman* (1982), 28 C.R. (3d) 378 (C. prov. C.-B.); *R.* v. *MacDonald* (1982), 1 C.C.C. (3d) 385 (C. comté Ont.); *R.* v. *Stasiuk* (1982), 8 W.C.B. 256 (C. prov. Ont.).

362. Voir *Re Jamieson and the Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 430 (C.S. du Qué.).

363. Voir *R.* v. *McGregor* (1983), 3 C.C.C. 3d 200 (H.C. de l'Ont.); *R.* v. *Glass* (1982), 9 W.C.B. 164 (C. prov. C.-B.); *R.* v. *Holman*, *supra*, note 361; Voir *Re Jamieson and the Queen*, *supra*, note 362.

364. C'est nous qui soulignons.

365. Voir *R.* v. *Holman*, *supra*, note 361. Voir également *Curr* c. *La Reine*, *supra*, note 350.

366. Voir *Re Jamieson and the Queen*, *supra*, note 362.

367. Voir, toutefois, le paragraphe 5(1) de la *Déclaration*: «Aucune disposition de la Partie I ne doit s'interpréter de manière à supprimer ou restreindre l'exercice d'un droit de l'homme ou d'une liberté fondamentale non énumérés dans ladite Partie et qui peuvent avoir existé au Canada lors de la mise en vigueur de la présente loi». Selon R. E. Salhany, *Canadian Criminal Procedure*, 3e éd., Toronto, Canada Law Book, 1978, p. 50-51: [TRADUCTION] «Le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives de la police est un droit fondamental de tout citoyen du Canada ...».

368. Voir *R.* v. *Glass*, *supra*, note 363.

369. Voir *R.* v. *Holman*, *supra*, note 361.

370. Voir *Bell* v. *Wolfish* (1979), 441 U.S. 520 (S.C.); *Kerr* v. *California* (1963), 374 U.S. 23 (S.C.).

371. Voir *Arkansas* v. *Sanders* (1979), 442 U.S. 753 (S.C.); *Mancusi* v. *DeForte* (1968), 392 U.S. 364; *Michigan* v. *Tyler* (1978), 436 U.S. 499 (S.C.); *Pennsylvania* v. *Mimms* (1977), 434 U.S. 106 (S.C.); *Terry* v. *Ohio* (1968), 392 U.S. 1 (S.C.); *Warden* v. *Hayden* (1967), 387 U.S. 294 (S.C.).

372. Voir *Terry* v. *Ohio*, *supra*, note 371, p. 21; H. D. Hanes, «Constitutional Law: Search and Seizure: An Analysis of Federal and Oklahoma Law in Light of Recent Chicago Strip Search Cases» (1981), 34 *Okla. L. Rev.* 312, p. 316-317. Il est à remarquer qu'aux termes de la règle 312*e*) des *United States Military Rules of Evidence*, les fouilles intimes du corps, notamment l'ingestion forcée de substances pour provoquer l'évacuation de ce qui peut faire l'objet de la fouille, sont expressément permises. Voir M. W. Merritt, «Significant Intrusions under the Military Rules of Evidence» (1981), 67 *Va. L. Rev.* 1069.

373. Voir *United States* v. *Robinson* (1973), 414 U.S. 218 (S.C.), p. 236; *Rochin* v. *California* (1952), 342 U.S. 165 (S.C.); Hanes, *supra*, note 372, p. 322-323.

374. *Supra*, note 138.

375. *Ibid.*, p. 296.

376. Voir *R.* v. *McGregor*, *supra*, note 363.

377. *Supra*, note 263.

378. Voir *R.* v. *Graling* (1978), 17 A.R. 347 (C. dist.).

379. Toutefois, le paragraphe 237(2) du *Code* (qui, en vertu de l'article 240.3, s'applique aux procédures prévues aux articles 240 et 240.2 de même qu'à celles qui sont prévues aux articles 234 et 236) édicte ce qui suit:

> Nul n'est tenu de donner un échantillon de sang, d'urine ou d'une autre substance corporelle pour analyse chimique aux fins du présent article si ce n'est en ce qui a trait à l'haleine selon les prescriptions des articles 234.1, 235 ou 240.1, et la preuve qu'une personne a fait défaut ou refusé de donner cet

échantillon ou que l'échantillon n'a pas été prélevé, n'est pas admissible; de plus, un tel défaut ou refus ou le fait qu'un échantillon n'a pas été prélevé ne saurait faire l'objet de commentaires par qui que ce soit au cours des procédures.

380. *Supra*, note 289. Voir aussi *R.* v. *Bélanger* (1975), 24 C.C.C. (2d) 10 (C.A. de l'Ont.); *R.* v. *Holberg and Russell* (1978), 42 C.C.C. (2d) 104 (C. comté Ont.).

381. Cité p. 766 (R.C.S.), p. 3 (C.C.C.).

382. *Ibid.*

383. (1973), 13 C.C.C. (2d) 309.

384. Le juge a statué de la façon suivante (p. 773-775 (R.C.S.), p. 8-10 (C.C.C.)):

> Quant à la recevabilité de la preuve du refus par Marcoux de participer à une parade d'identification, il est seulement nécessaire de faire remarquer que les tactiques de l'avocat de la défense au procès ont rendu cette preuve recevable hors de tout doute; recevable, non en vue de prouver la culpabilité, mais pour expliquer le défaut de procéder à une parade d'identification, et la nécessité, comme conséquence, d'avoir mis Marcoux en présence de Fleskes, une méthode que l'avocat de Marcoux a critiquée si vertement. Voir *R.* v. *Brager*, 52 W.W.R. 509, (1965) 4 C.C.C. 251, p. 253, 47 C.R. 264, 52 W.W.R. 509.
>
> ...
>
> Je n'ai rien à reprocher aux directives du juge au jury. Il a dit au jury qu'il n'y avait pas d'autorité légale obligeant un prévenu ou un suspect ou une personne détenue dans un poste de police à participer à une parade d'identification. C'est là un énoncé juste; la seule critique qu'on peut lui adresser, c'est qu'il est trop favorable au prévenu. Le juge a ensuite dit au jury qu'il leur incombait de décider selon l'ensemble de la preuve de l'importance à donner au refus de Marcoux de participer à la parade d'identification proposée. Je ne crois pas que le juge ait commis d'erreur en donnant ces directives au jury. La preuve du refus était simplement un autre élément de preuve ayant une portée sur la question unique en litige, l'identification. Elle expliquait l'absence d'une parade d'identification. Le jury pouvait en tenir compte. C'était pertinent et recevable et une conclusion pouvait en être tirée — si aucune

conclusion n'était possible, ce n'était ni pertinent ni recevable. Même dans une question telle que le défaut du prévenu de témoigner, bien que ni le juge ni l'avocat ne puissent commenter le défaut, un jury est libre d'en tirer une conclusion défavorable à l'accusé et je ne doute pas qu'il le fasse fréquemment.

Je suis d'avis de rejeter les pourvois.

385. (1977), 41 C.C.C. (2d) 413 (C. comté Ont.).

386. *Ibid.*, p. 415.

387. *Supra*, note 285.

388. Rendant le jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, le juge Davey a déclaré (p. 131):

> [TRADUCTION]
> [L]'intimé n'était pas obligé de se soumettre aux tests de performance physique destinés à prouver ou à réfuter la présomption d'ébriété. De toute évidence, il avait le droit, en vertu du common law, de refuser de s'incriminer en participant à ces tests, et il avait le droit d'exiger que la Couronne prouve ses allégations sans son aide. À mon humble avis, on ne peut tirer une conclusion défavorable quant à la culpabilité du prévenu du fait que ce dernier a fait valoir ses droits et a refusé de se soumettre aux tests de performance physique.

389. (1965), 47 C.R. 264 (C.A. C.-B.), p. 266.

390. *Supra*, note 281.

391. Le juge en chef Gale de la Haute Cour s'est exprimé en ces termes (p. 299-300):

> [TRADUCTION]
> En refusant de fournir un échantillon de son sang à la police, le prévenu a agi conformément à un droit que lui reconnaît le common law. À ce stade des procédures, il serait tout à fait injuste, à mon sens, d'admettre la preuve qu'il a opposé un refus. Cette preuve n'a pour seul but que d'établir une présomption selon laquelle le prévenu voulait cacher quelque chose à la police. Le prévenu avait le droit de refuser et je ne crois pas que le jury devrait être autorisé, en raison de l'exercice de ce droit, à tirer de ce fait une conclusion défavorable sur la culpabilité du prévenu.

Logiquement, cette position est conforme au paragraphe 224(4) [l'actuel paragraphe 237(2)]. Si le prévenu avait été inculpé de conduite d'un véhicule pendant que sa capacité de conduire était affaiblie, en vertu de l'article 223 [l'actuel article 234], soit une infraction beaucoup moins grave, la preuve de son refus de fournir un échantillon aurait été jugée irrecevable lors du procès. Il me semble que, suivant la logique et le bon sens, il importe de suivre le même raisonnement, à plus forte raison lorsqu'il est accusé d'avoir causé la mort par négligence criminelle, et lorsque cette négligence criminelle est fondée sur une allégation de facultés affaiblies.

392. *Supra*, note 259.

393. Rendant le jugement de la Cour d'appel, le juge Martin a déclaré (p. 310):

> [TRADUCTION]
> L'intimé a exercé un droit que lui confère le common law en refusant de fournir un échantillon. Toutefois, si la preuve d'un tel refus était jugée recevable, le jury serait porté à croire que l'intimé avait quelque chose à cacher, ce qui pourrait lui être très défavorable: voir *R.* v. *Burns*, [1965] 4 C.C.C. 298, 51 D.L.R. (2d) 393, [1965] 2 O.R. 563. Bien entendu, si la partie défenderesse avait, au cours du contre-interrogatoire, soulevé la question de savoir si le prévenu avait subi ou non des tests, la Couronne aurait pu prouver que le prévenu s'était vu demander de se soumettre à un test et qu'il avait refusé: voir *R.* v. *Brager*, [1965] 4 C.C.C. 251, p. 253, 47 C.R. 264, 52 W.W.R. 509. En l'espèce, on ne conteste pas la validité des méthodes employées par la police. En cas de contestation, la Couronne aurait eu le droit de réfuter cette allégation en prouvant que le refus du prévenu de collaborer a empêché la police d'appliquer les méthodes appropriées: voir *Marcoux et Solomon* c. *La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763, (1975) 24 C.C.C. (2d) 1, 60 D.L.R. (3d) 119. En outre, vu les circonstances, nous ne pensons pas que la preuve du refus d'un intimé de se soumettre aux tests était nécessaire pour empêcher que les faits soient faussement présentés devant le jury, comme ce fut le cas dans l'affaire *R.* v. *Sweeney (No. 2)* (1977), 35 C.C.C. (2d) 245, 76 D.L.R. (3d) 211, 16 O.R. (2d) 814.
>
> Nous pensons également que même s'il y avait eu un motif quelconque pour admettre en preuve le refus d'un intimé de se soumettre aux tests, le juge de première instance, compte tenu de la nature préjudiciable de cette preuve, aurait été, vu les circonstances, fondé à exercer son pouvoir discrétionnaire en excluant cet élément de preuve.

394. *Supra*, note 270.

395. *Ibid.*, p. 249.

396. *Ibid.*, p. 251.

397. Comme l'a fait remarquer le juge Zuber (p. 252):

> [TRADUCTION]
> C'est tout de même le prévenu qui a fait valoir ce moyen de défense et qui a soulevé la question de son état mental. Peut-on affirmer qu'il a le droit exclusif de produire une preuve psychiatrique et même de refuser au poursuivant le droit d'expliquer l'absence de preuve de la Couronne relativement à cette question? On a prétendu que les psychiatres dont les services ont été retenus par la Couronne peuvent témoigner d'une manière hypothétique ou après avoir observé le prévenu dans la salle d'audience. Toutefois, l'on ne pouvait s'empêcher de constater, lors du contre-interrogatoire des psychiatres à charge et pendant la plaidoirie de l'avocat de la défense, à quel point le témoignage du témoin qui avait eu la chance d'examiner le prévenu était meilleur.

Le juge ajouta (p. 252):

> [TRADUCTION]
> Le présent tribunal n'a jamais traité cette question et, à ce que je sache, aucun tribunal au Canada ne s'est penché sur cette question. Cependant, les tribunaux américains ont été saisis du problème et plusieurs d'entre eux ont conclu que la preuve du refus d'un prévenu de se soumettre à une entrevue psychiatrique à la demande de la Couronne est recevable: par exemple, voir *People* v. *French*, 87 P 2d 1014. Il faut cependant tenir compte des nombreuses différences qui existent, tant sur le plan législatif que sur le plan de la procédure, entre le droit américain et le droit canadien. Il est pourtant étonnant de voir comment dans certains États où le privilège contre l'auto-incrimination jouit d'une acception plus large qu'au Canada, les tribunaux ont d'une façon ou d'une autre jugé que cette preuve est recevable: par exemple, voir *Lee* v. *County Court of Erie County*, 267 N.E. 2d 452; *State* v. *Huson*, 440 P. 2d 192.

398. *Supra*, note 1, p. 62.

399. *Ibid.*, p. 62.

400. *Ibid.*, p. 61.

401. *Supra*, note 34, par. 27, p. 14.

402. Rapport minoritaire, par. 3, p. 1-2.

403. *Ibid.*, par. 7, p. 3.

404. American Law Institute, *A Model Code of Pre-Arraignment Procedure*, Philadelphie, American Law Institute, 1975, art. SS230.

405. Voir, par exemple, le paragraphe 57(1) du *Police Act 1958*, S.N.Z. 1958, no 109, modifié, de la Nouvelle-Zélande.

406. *Supra*, note 26.

407. Voir, par exemple, l'article 6 du *Criminal Process (Identification and Search Procedures) Act 1976*, S.T. 1976, no. 3, modifié, de la Tasmanie.

408. Voir, par exemple, l'article 3 du *Criminal Process (Identification and Search Procedures) Act 1976* de la Tasmanie, *supra*, note 407.

409. Voir, par exemple, l'article 353A du *Crimes Act 1900*, de la Nouvelle-Galles du Sud, S.N.S.W. 1900, no. 40, modifié; le paragraphe 81(2) du *Police Offences Act 1953* de l'Australie méridionale, S.S.A. 1953, no. 55, modifié; l'article 259 du *Criminal Code Act 1899* du Queensland, 63 Vic., no. 9, modifié; l'article 34 du *Criminal Investigation Bill 1981* de l'Australie (projet de loi); l'article 43 du *Vagrancy, Gaming and Other Offences Act 1931* du Queensland, 22 Geo. 5, no. 27, modifié.

410. Voir, par exemple, les articles 34 et 38 du *Criminal Investigation Bill 1981* de l'Australie, *supra*, note 409; l'article 7 du *Criminal Process (Identification and Search Procedures) Act 1976* de la Tasmanie, *supra*, note 407; l'article 49 du *Magistrates Courts Act 1980* d'Angleterre, 1980 (R.-U.), chap. 43.

411. Voir, par exemple, l'article 7 du *Criminal Process (Identification and Search Procedures) Act 1976* de la Tasmanie, *supra*, note 407; l'article 170.1 du *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* de l'A.L.I., *supra*, note 404.

412. Voir, par exemple, l'article 6 du *Criminal Process (Identification and Search Procedures) Act 1976* de la Tasmanie, *supra*, note 407.

413. Voir, par exemple, l'article 353A du *Crimes Act 1900* de la Nouvelle-Galles du Sud, *supra*, note 409; l'article 259 du *Criminal Code Act 1899* du Queensland, *supra*, note 409.

414. Voir, par exemple, le paragraphe 8(8) du *Road Traffic Act 1972* du Royaume-Uni, 1972 (R.-U.), chap. 20, modifié par le paragraphe 25(3) et l'Annexe 8 du *Transport Act 1981*, 1981 (R.-U.), chap. 56.

415. Voir, par exemple, l'alinéa 58(4)*a*) du *Transport Act 1962* de la Nouvelle-Zélande, S.N.Z. 1962, no. 135, modifié.

416. *Supra*, note 1, p. 60.

417. Voir, par exemple, le paragraphe 80F(10) du *Motor Car Act 1958* de Victoria, S.V. 1958, no. 6325, modifié.

418. Voir, par exemple, le paragraphe SS230.3(3) du *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* de l'A.L.I., *supra*, note 404.

419. Voir, par exemple, le paragraphe 160.2(6) du *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* de l'A.L.I., *supra*, note 404.

420. Voir cependant l'article 160.3 du *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* de l'A.L.I., *supra*, note 404.

421. Voir, par exemple, le paragraphe 81(3) du *Police Offences Act 1953* de l'Australie méridionale, *supra*, note 409; le paragraphe 38(6) du *Criminal Investigation Bill 1981* de l'Australie, *supra*, note 409; le paragraphe 6(2) du *Criminal Process (Identification and Search Procedures) Act 1976* de la Tasmanie, *supra*, note 407.

422. Voir le paragraphe 6(2) du *Criminal Process (Identification and Search Procedures) Act 1976* de la Tasmanie, *supra*, note 407.

423 Paragraphe 38(7) du *Criminal Investigation Bill 1981* de l'Australie, *supra*, note 409.

424. Voir, par exemple, le paragraphe 80F(13) du *Motor Car Act 1958* de Victoria, *supra*, note 417; le paragraphe 58(4) du *Transport Act 1962* de la Nouvelle-Zélande, *supra*, note 415.

425. Voir, par exemple, le paragraphe 10(6) du *Traffic Act 1972* du Royaume-Uni, *supra*, note 414; l'article 58B du *Transport Act 1962* de la Nouvelle-Zélande, *supra*, note 415.

426. Voir les sous-alinéas 237(1)*c*)(i) et *f*)(iii)(A) du *Code criminel*. Le paragraphe 237(6) définit un contenant approuvé comme un «contenant d'un genre destiné à recueillir un échantillon de l'haleine d'une personne pour analyse chimique et qui est approuvé comme contenant approprié aux fins du présent article par une ordonnance du procureur général du Canada ...».

427. *Duke* c. *La Reine*, [1972] R.C.S. 917.

428. *R.* v. *MacDonald*, *supra*, note 361. Voir aussi *R.* v. *Potma* (1983), 31 C.R. (3d) 231 (C.A. de l'Ont.).

429. *R.* v. *MacDonald*, *supra*, note 361, par le juge Salhany de la Cour de comté, p. 396.

430. Voir M. Strauss, «Lawyer Challenges Fingerprinting System», *Globe and Mail*, le 25 nov. 1981.

431. Law Reform Commission of Australia, *supra*, note 15, par. 116, p. 51.

432. Voir, par exemple, le paragraphe 57(3) du *Police Act 1958* de la Nouvelle-Zélande, *supra*, note 405; le paragraphe 49(4) du *Magistrates Courts Act 1980* d'Angleterre, *supra*, note 410; le paragraphe 3(4) du *Criminal Process (Identification and Search Procedures) Act 1976* de la Tasmanie, *supra*, note 407; l'article 43 du *Vagrancy, Gaming and Other Offences Act 1931* du Queensland, *supra*, note 409; le paragraphe 38(9) du *Criminal Investigation Bill 1981* de l'Australie, *supra*, note 409; l'article 49 du *Police and Criminal Evidence Bill* de 1983 du Royaume-Uni (projet de loi 115, version de mars 1983, telle que modifiée par le Standing Committee J).

433. *Supra*, note 432, art. 51(9). Voir aussi le projet du Home Office intitulé *Draft Codes of Practice for the Treatment, Questioning and Identification of Persons Suspected of Crime*, Londres, Home Office, 1983.

434. *Supra*, note 143, par. 4.130, p. 115.

435. *Ibid.*

436. Voir, par exemple, l'alinéa 58(4)*a*) du *Transport Act 1962* de la Nouvelle-Zélande, *supra*, note 415; l'article 10 du *Road Traffic Act 1972* du Royaume-Uni, *supra*, note 414.

437. Voir, par exemple, l'article 160.7 du *Model Code of Pre-Arraignment Procedure* de l'A.L.I., *supra*, note 404.

438. Voir, par exemple, le paragraphe 34(6) du *Criminal Investigation Bill 1981* de l'Australie, *supra*, note 409.

439. Voir, par exemple, les paragraphes 7(4) et 8(7) du *Road Traffic Act 1972* du Royaume-Uni, *supra*, note 414; voir également les articles 80E et 80F et le paragraphe 80DA(6) du *Motor Car Act 1958* de Victoria, *supra*, note 417.

440. Voir, par exemple, l'article 57 du *Police Act 1958* de la Nouvelle-Zélande, *supra*, note 405.

441. Voir cependant, le paragraphe 80D(12) du *Motor Car Act 1958* de Victoria, *supra*, note 417, qui interdit expressément de tirer une conclusion défavorable.

442. Voir également l'article 58C du *Transport Act 1962* de la Nouvelle-Zélande, *supra*, note 415.

443. *Supra*, note 34, par. 49, p. 20.

444. *Ibid.*, par. 50, p. 21.

445. *Ibid.*

446. *Supra*, note 143, par. 3.135, p. 67.

447. *Ibid.*, par. 3.137, p. 68.

448. *Ibid.*

449. Voir la disposition que nous avons proposée dans notre étude sur la Partie générale [document de travail 29], *supra*, note 330, p. 128. Pour des dispositions plus précises, voir l'article 80DA et les paragraphes 80D(10) et 80F(9) du *Motor Car Act 1958* de Victoria, *supra*, note 417; voir aussi le paragraphe 6(4) du *Criminal Process (Identification and Search Procedures) Act 1976* de la Tasmanie, *supra*, note 407.

450. Voir l'article 80DA du *Motor Car Act 1958* de Victoria, *supra*, note 417.

451. Voir l'article 58D du *Transport Act 1962* de la Nouvelle-Zélande, *supra*, note 415.

452. Gouvernement du Canada, *supra*, note 1, p. 58. Voir *R.* v. *Holman*, *supra*, note 361, p. 394 où le juge McCarthy de la Cour provinciale disait, en parlant des dispositions actuelles relatives à l'ivressomètre: [TRADUCTION] «Il doit exister un juste équilibre entre, d'une part, les droits et libertés individuels et, d'autre part, l'intérêt de la société. Je considère qu'un tel équilibre ne se retrouve pas dans l'article 235».

453. Voir *R.* v. *Fréchette*, *supra*, note 278; *R.* v. *Burns*, *supra*, note 281; *W.* v. *W.* *(No. 4)*, *supra*, note 281; Criminal Law Reform Committee of New Zealand, *supra*, note 34, par. 9, p. 4.

454. Ces questions, en particulier la première, ont récemment suscité des réactions de la part des provinces. Voir, par exemple, le *Motor Vehicle Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, chap. 288, modifié par le *Motor Vehicle Amendment Act (No. 2), 1982*, S.B.C. 1982, chap. 73, ainsi que *The Vehicles Act, 1983* de la Saskatchewan, S.S. 1983, chap. V-3.1, art. 168, et la *Loi sur les analyses du sang* du Manitoba, S.M. 1980, chap. 49. Le problème, de par sa nature, n'est pas aisément quantifiable à l'aide de données empiriques. Les statistiques indiquent, toutefois, que les conducteurs ayant consommé de l'alcool et ayant été hospitalisés ne sont que rarement poursuivis pour conduite avec facultés affaiblies. Dans une étude relativement récente faite en Colombie-Britannique, au cours de laquelle des échantillons de sang ont été prélevés sur des victimes hospitalisées par suite d'accidents de la route, avec leur consentement et en leur donnant l'assurance que les résultats des analyses ne seraient pas déposés en preuve contre elles, on en est venu à la conclusion que [TRADUCTION] «dix-sept pour cent des conducteurs dont l'alcoolémie dépassait 0,08 et vingt-cinq pour cent de ceux dont le taux dépassait 0,15 étaient accusés de conduite avec facultés affaiblies en vertu du *Code criminel*». Voir R. A. Rockerbie, *Blood, Alcohol in Hospitalized Traffic Crash Victims*, Victoria, C.-B., Ministère du Procureur général, 1979, p. 8. Voir aussi G. Cimbura, R. A. Warren, R. C. Bennett, D. M. Lucas et H. M. Simpson, *Drugs Detected in Fatally Injured Drivers and Pedestrians in the Province of Ontario*, Ottawa, Fondation de recherches sur les blessures de la route au Canada, 1980, p. 62, où l'on conclut que vingt-six pour cent des conducteurs victimes d'accidents fatals de la route avaient consommé des drogues autres que l'alcool. En se fondant sur le fait que [TRADUCTION] «pour la plupart des substances prélevées (à l'exception peut-être des découvertes de LSD), les drogues dont la présence a été détectée dans l'urine, mais non dans le sang, révèlent habituellement une consommation préalable à long terme plutôt qu'une consommation récente de la drogue» (p. 65), l'étude conclut (p. 65-66) que dans

onze pour cent des décès étudiés [TRADUCTION] «*la possibilité des effets contributifs de drogues ou de combinaisons de drogues n'a pas pu être rejetée*» (souligné dans l'étude). Voir également J. C. Garriott et N. Latman, «Drug Detection in Cases of ‹Driving Under the Influence›» (1976), 21 *Journal of Forensic Science* 398, une étude effectuée à Dallas (Texas) et dans laquelle les échantillons de sang de personnes arrêtées pour conduite avec facultés affaiblies ont été analysés lorsque les résultats de l'alcootest se sont révélés [TRADUCTION] «inférieurs au degré apparent d'intoxication ...» (p. 398) ou lorsque «l'usage de drogues était évident d'après certains symptômes, par suite d'un interrogatoire ou d'après les échantillons de drogue trouvés en la possession de la personne ...» (p. 398). Au cours de cette étude, des drogues (habituellement de la métaqualone, du diazépam ou des barbituriques) ont été détectées dans soixante-douze pour cent des échantillons de sang analysés. Comme nous le mentionnons plus loin toutefois (voir la note 464 et le texte accompagnatif) l'incidence des drogues sur la sécurité routière n'est pas clairement établie sur le plan des statistiques.

455. Voir Cimbura et autres, *supra*, note 454, p. 15.

456. Voir, par exemple, la loi du Royaume-Uni, *Road Traffic Act 1972*, *supra*, note 414 la loi de Victoria, *Motor Car Act 1958*, *supra*, note 417 et la loi de la Nouvelle-Zélande *Transport Act 1962*, *supra*, note 415. Voir également la loi de la Colombie-Britannique, *Motor Vehicle Act*, *supra*, note 454 et la loi de la Saskatchewan, *The Vehicles Act, 1983*, *supra*, note 454.

457. Voir les auteurs cités à la note 59, *supra*.

458. Voir les auteurs cités à la note 60, *supra*.

459. Voir le comité spécial de l'association médicale britannique, *Report: The Medico-Legal Investigation of the Drinking Driver*, Londres, British Medical Association, 1965, p. 32-33; Law Reform Commission of Australia, *supra*, note 55, par. 122, p. 53-54; Walls et Brownlie, *supra*, note 59, à la p. 102.

460. Comité spécial de l'association médicale britannique, *supra*, note 459, p. 33.

461. Voir Moenssens et Inbau, *supra*, note 28, p. 77-78; Law Reform Commission of Australia, *supra*, note 55, par. 284, p. 122.

462. Voir R. E. Erwin, *Defense of Drunk Driving Cases*, vol. 2, 3e éd., New York, Matthew Bender, 1983, p. 25-4, où il est dit que

> [TRADUCTION]
> la seule façon de ne pas commettre d'erreur est d'obtenir un échantillon d'urine qui ne provient pas de l'urine accumulée depuis un certain temps dans la vessie. Il faut faire en sorte que le sujet vide d'abord sa vessie. Il n'est pas tenu compte de l'urine ainsi évacuée. Aussitôt que possible, un second échantillon est prélevé, lequel fournira une meilleure indication du taux d'alcool dans le sang à ce moment-là.

Cette méthode a été retenue dans la loi du Royaume-Uni, *Road Traffic Act 1972*, *supra*, note 414.

463. Curry, *supra*, note 59, p. 478-479. Les échantillons d'urine doivent cependant se révéler utiles à des fins de détection.

464. Cimbura, *supra*, note 454, p. 4, citant K. B. Joscelyn et R. P. Maickel, *Drugs and Driving: a research review*, NHTSA, 1975, p. 46. Voir aussi Benjamin, *supra*, note 60, p. 53 et 61.

465. Law Reform Commission of Australia, *supra*, note 55, paragraphe 123, p. 54; Walls et Brownlie, *supra*, note 59, p. 107. Pour des exemples des nombreuses études effectuées sur l'effet de la consommation d'alcool sur l'aptitude à conduire un véhicule, voir le rapport du *Commission on «Driving While Under the Influence of Drink or a Drug»*, Dublin, Stationery Office, 1963, p. 27-29; Walls et Brownie, *supra*, note 59, p. 45-61.

466. Voir le *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 236 et 240.2.

467. Voir Cimbura, *supra*, note 454, p. 2-4, et les études qui y sont citées. Voir aussi Law Reform Commission of Australia, *supra*, note 55, par. 235, p. 100-101.

468. Voir note 191, *supra*.

469. Voir note 192, *supra*.

470. Curry, *supra*, note 59, p. 479-480; R. Bonnichsen, «Aspects of Drug Analyses in Relation to Road Traffic Legislation and Supervision», dans Israelstam et Lambert, *supra*, note 59, p. 503-504. Comme le souligne Bonnichsen (p. 504):

> [TRADUCTION]
> Les conclusions que l'on peut tirer d'une analyse du sang à l'égard de l'affaiblissement des facultés d'un conducteur sont

limitées. Il faut tenir compte d'autres éléments, notamment la façon de conduire, les observations des policiers, les témoins, l'examen médical ... et finalement le résultat de l'analyse qui peut au moins expliquer les symptômes de l'intoxication.

471. *Supra*, note 55, par. 235, p. 101.

472. *Ibid.*

473. *Ibid.*

474. Voir, par exemple, le paragraphe 8(7) de la loi du Royaume-Uni, *Road Traffic Act 1972*, *supra*, note 414; l'article 58C de la loi de Nouvelle-Zélande, *Transport Act 1962*, *supra*, note 415. Voir aussi l'article 220.3 de la loi de Colombie-Britannique, *Motor Vehicle Act*, *supra*, note 454, et le paragraphe 168(5) de *The Vehicles Act, 1983* de la Saskatchewan, *supra*, note 454.

475. Voir, par exemple, l'article 58C de la loi de Nouvelle-Zélande, *Transport Act 1962*, *supra*, note 415.

476. *Supra*, note 26.

477. Voir W. D. Glauz et R. R. Blackburn, «Drug use among drivers» (Technical Contract Report for the U.S. Department of Transportation, National Highway Traffic Safety Administration, février 1975), cité par Cimbura, *supra*, note 454, p. 7. Au cours de l'enquête volontaire qui y est décrite, seulement les trois quarts des automobilistes participants ont pu fournir un échantillon d'urine sur demande. Voir également le rapport du *Commission on «Driving While under the Influence of Drink or a Drug»*, *supra*, note 465, paragraphe 58, p. 47.

478. Voir Walls et Brownlie, *supra*, note 59, p. 67.

479. Voir le paragraphe 237(3) et l'article 240.3 du *Code*.

480. Voir *R.* v. *Carter* (1983), 31 C.R. (3d) 76 (C.A. de l'Ont.). Il est même possible d'obtenir des échantillons de sang sur la scène de l'accident. Voir *R.* v. *LeBlanc* (1981), 64 C.C.C. (2d) 31 (C.A. N.-B.), autorisation d'en appeler à la Cour suprême refusée le 1er février 1982.

481. En voici la teneur: «La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être

restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

482. Voir, par exemple, la loi du Royaume-Uni, *Road Traffic Act 1972*, *supra*, note 414, alinéas 8(1)*b*) et 8(3)*c*), la loi de Nouvelle-Zélande, *Transport Act 1962*, *supra*, note 415, alinéa 58B(1)*e*). Voir également *The Vehicles Act, 1983* de la Saskatchewan, *supra*, note 454.

483. Voir Law Reform Commission of Australia, *supra*, note 55, par. 123, p. 54, où l'on fait observer ce qui suit:

> [TRADUCTION]
> l'analyse de l'haleine peut être utile de façon négative. Une analyse qui démontre que l'haleine d'une personne, apparemment sous l'effet de l'alcool, est pure, peut, à juste titre, susciter d'autres tests pour déterminer la cause du comportement bizarre ou inhabituel.

484. Voir la loi du Royaume-Uni, *Road Traffic Act 1972*, *supra*, note 414, alinéa 8(3)*a*). Voir également *The Vehicles Act, 1983* de la Saskatchewan, *supra*, note 454, paragraphe 168(3).

485. Commission de réforme du droit du Canada, *Le mandat de main-forte et le télémandat* [Rapport nº 19], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1983.

486. Voir la loi du Royaume-Uni, *Road Traffic Act 1972*, *supra*, note 414, article 9.

487. Voir, par exemple, la loi du Royaume-Uni, *Road Traffic Act 1972*, *supra*, note 414, article 8; la loi de Victoria, *Motor Car Act 1958*, *supra*, note 417, article 80F; la loi de Nouvelle-Zélande, *Transport Act 1962*, *supra*, note 415, article 58B.

488. Voir la loi de Nouvelle-Zélande, *Transport Act 1962*, *supra*, note 415, alinéa 58(4)*a*).

489. Voir Law Reform Commission of Australia, *supra*, note 55, par. 68, p. 27; la loi du Royaume-Uni, *Road Traffic Act 1972*, *supra*, note 414, paragraphe 10(6); la loi de Nouvelle-Zélande, *Transport Act 1962*, *supra*, note 415, article 58B.

Bibliographie

ABBELL, M. «Polygraph Evidence: The Case against Admissibility in Federal Criminal Trials», dans E. J. Imwinkelried (éd.) *Scientific and Expert Evidence*. 2e éd., New York, Practising Law Institute, 1981.

AMERICAN LAW INSTITUTE *A Model Code of Pre-Arraignment Procedure*, Philadelphie, American Law Institute, 1975.

ARIETI, S. (éd.) *American Handbook of Psychiatry*, vol. 2, New York, Basic Books, 1959.

American Handbook of Psychiatry, 2e éd., vol. 1, New York, Basic Books, 1974.

ARONS, H. *Hypnosis in Criminal Investigation*, Springfield, Ill., Charles C. Thomas, 1967.

BATCHELOR, I. R. C. (éd.) *Henderson and Gillespie's Textbook of Psychiatry*, 10e éd., Londres, Oxford University Press, 1969.

BEAR, L. A. *Law, Medicine, Science — and Justice*, Springfield, Ill., Charles C. Thomas, 1964.

BENJAMIN, F. B. *Alcohol, Drugs and Traffic Safety: Where Do We Go from Here*? Springfield, Ill., Charles C. Thomas, 1980.

BONNICHSEN, R. «Aspects of Drug Analysis in Relation to Road Traffic Legislation and Supervision», dans S. Israelstam et S. Lambert (éds) *Alcohol, Drugs and Traffic Safety: Proceedings of the Sixth International Conference on Alcohol, Drugs and Traffic Safety, Toronto, September 8-13, 1974*, Toronto, Fondation de la recherche sur la toxicomanie de l'Ontario, 1975.

BROOKS, N. *Directives à l'intention de la police: L'identification par témoin oculaire avant le procès* (Document d'étude publié par la Commission de réforme du droit du Canada, 1983).

CASEY, M. «Questioned Document Examination», dans W. J. Curran, A. L. McGarry et C. S. Petty (éds) *Modern Legal Medicine, Psychiatry and Forensic Science*, Philadelphie, F. A. Davis, 1980.

CENTRE OF FORENSIC SCIENCES *Laboratory Aids for the Investigator*, 3e éd., Toronto, Ministère du Solliciteur général de l'Ontario, 1978.

CHIEF JUSTICE'S LAW REFORM COMMITTEE (VICTORIA) *Powers of Police After Arrest*, Melbourne, Government Printer, 1972.

CIMBURA, G., R. A. WARREN, R. C. BENNETT, D. M. LUCAS, et H. M. SIMPSON *Drugs Detected in Fatally Injured Drivers and Pedestrians in the Province of Ontario*, Ottawa, Fondation de recherche sur les blessures de la route au Canada, 1980.

COHEN, S. A. *Due Process of Law: The Canadian System of Criminal Justice*, Toronto, Carswell, 1977.

COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA *Les pouvoirs de la police: Les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal* [Document de travail 30], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1983.

Les mandats de main-forte et les télémandats [Rapport 19], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1983.

Droit pénal — Partie générale: Responsabilité et moyens de défense [Document de travail 29], Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1982.

COMMISSION ON «DRIVING WHILE UNDER THE INFLUENCE OF DRINK OR A DRUG» *Report*, Dublin, Stationery Office, 1963.

CRIMINAL LAW REFORM COMMITTEE *Report on Bodily Examination and Samples as a Means of Identification*, Wellington, N.-Z., Criminal Law Reform Committee, 1978.

CROSS, Sir R. *Evidence*, 5e éd., Londres, Butterworths, 1979.

CURRAN, W. J., A. L. McGARRY et C. S. PETTY (éds) *Modern Legal Medicine, Psychiatry, and Forensic Science*, Philadelphie, F.A. Davis, 1980.

CURRY, A. S. «Reliability and Significance of Results of Alcohol and Drug Analysis», dans S. Israelstam et S. Lambert (éds) *Alcohol,*

Drugs and Traffic Safety: Proceedings of the Sixth International Conference on Alcohol, Drugs and Traffic Safety, Toronto, September 8-13, 1974, Toronto, Fondation de la recherche sur la toxicomanie de l'Ontario, 1975.

DAVIDSON, H. A. *Forensic Psychiatry*, 2e éd., New York, Ronald Press, 1965.

DESPRES, L. M. «Legal Aspects of Drug-Induced Statements» (1947), 14 *U. Chi. L. Rev.* 601.

DEVLIN, Hon. lord *Report to the Secretary of State for the Home Department of the Departmental Committee on Evidence of Identification in Criminal Cases*, Londres, HMSO, 1976.

DIENSTEIN, W. *Technics for the Crime Investigator*, Springfield, Ill., Charles C. Thomas, 1952.

DINKEL, E. H., Jr. et M. S. CAPTAIN «The Use of Bite Mark Evidence as an Investigative Aid» (1974), 19 *J. For. Sci.* 535.

DORION, R. B. J. «Bite Mark Evidence» (1982), 12 *Journal de l'Association dentaire canadienne* 795.

DORNETTE, W. H. L. (éd.) *Stedman's Medical Dictionary*, 5th unabridged lawyer's edition, Cincinnati, Anderson, 1982.

DUDYCHA, G. J. *Psychology for Law Enforcement Officers*, Springfield, Ill., Charles C. Thomas, 1955.

ERWIN, R. E. *Defense of Drunk Driving Cases*, New York, Matthew Bender, 1963.

Defense of Drunk Driving Cases, vol. 2, 3e éd., New York, Matthew Bender, 1983.

FINKLE, B. S. «"Will the Real Drugged Driver Please Stand Up?" An Analytical Toxicology Assessment of Drugs and Driving», dans S. Israelstam et S. Lambert (éds) *Alcohol, Drugs and Traffic Safety: Proceedings of the Sixth International Conference on Alcohol, Drugs and Traffic Safety, Toronto, September 8-13, 1974*, Toronto, Fondation de la recherche sur la toxicomanie de l'Ontario, 1975.

GALL, J. C. «The Case against Narcointerrogation» (1962), 7 *J. For. Sci.* 29.

GARRIOTT, J. C. et N. LATMAN «Drug Detection in Cases of «Driving Under The Influence»» (1976), 21 *J. For. Sci.* 398.

GREGORY, I. *Psychiatry: Biological and Social*, Philadelphie et Londres, W. B. Saunders, 1961.

GUSTAFSON, G. *Forensic Odontology*, New York, American Elsevier, 1966.

GUTTMACHER, M. S. et H. WEIHOFEN *Psychiatry and the Law*, New York, W. W. Norton, 1952.

HANNAN, J. «New Zealand Criminal Law Reform Committee on Bodily Samples and Identification», [1980] 4 *Crim. L.J.* 210.

HARRISON, H. C. et R. GILROY «Firearms Discharge Residues» (1959), 4 *J. For. Sci.* 184.

HILTON, O. «Can the Forger Be Identified From His Handwriting?» (1952-53), 43 *J. Crim. L., Crim. and Pol. Sci.* 547.

HOME OFFICE *Draft Codes of Practice for the Treatment, Questioning and Identification of Persons Suspected of Crime*, Londres, Home Office, 1983.

HOUSE, L. «Criminal Procedure — Self-Incrimination — Scientific Tests of Body Substances as Evidence» (1955-56), 44 *Kentucky L.J.* 353.

IMWINKELRIED, E. J. (éd.) *Scientific and Expert Evidence*, 2e éd., New York, Practising Law Institute, 1981.

IMWINKELRIED, E. J. «A New Era in the Evolution of Scientific Evidence — A Primer on Evaluating the Weight of Scientific Evidence» (1981), 23 *William and Mary L. Rev.* 261.

INDIAN LAW INSTITUTE *Self-Incrimination: Physical and Medical Examination of the Accused*, Bombay, Tripathi, 1963.

ISRAELSTAM, S. et S. LAMBERT (éds) *Alcohol, Drugs and Traffic Safety: Proceedings of the Sixth International Conference on Alcohol, Drugs and Traffic Safety, Toronto, September 8-13, 1974*, Toronto, Fondation de la recherche sur la toxicomanie de l'Ontario, 1975.

JAIN, N. C., D. M. CHINN, R. D. BUDD, T. S. SNEATH et W. J. LEUNG «Simultaneous Determination of Cocaine and Benzoyl Ecgonine in Urine by Gas Chromatography with On-Column Alkylation» (1977), 22 *J. For. Sci.* 7.

JAMES, D. C. «Constitutional Limitations on Body Searches in Prisons» (1982), 82 *Columbia L. Rev.* 1033.

KIRK, P. L. *Crime Investigation: Physical Evidence and Police Laboratory*, Toronto, John Wiley and Sons, 1966.

KOLB, L. C. et H. K. H. BRODIE *Modern Clinical Psychiatry*, 10e éd., Toronto, W. B. Saunders, 1982.

KRISHNAN, S. S. «Detection of Gunshot Residues on the Hands by Trace Element Analysis», dans E. J. Imwinkelried (éd.) *Scientific and Expert Evidence*, 2e éd., New York, Practising Law Institute, 1981.

«Detection of Gunshot Residue on the Hands by Neutron Activation and Atomic Absorption Analysis», dans E. J. Imwinkelried (éd.) *Scientific and Expert Evidence*, 2e éd., New York, Practising Law Institute, 1981.

«Merits and Demerits of Forensic Activation Analysis When Compared to Other Trace Analysis Methods», dans E. J. Imwinkelried (éd.) *Scientific and Expert Evidence*, 2e éd., New York, Practising Law Institute, 1981.

LAURENDI, N. «Opposition to the Admissibility of Lie Detector Tests in Criminal Cases», dans E. J. Imwinkelried (éd.) *Scientific and Expert Evidence*, 2e éd., New York, Practising Law Institute, 1981.

LAW REFORM COMMISSION OF AUSTRALIA *Criminal Investigation* [Rapport no 2], Canberra, Australian Government Publishing Service, 1975.

Alcohol, Drugs and Driving [Rapport no 4], Canberra, Australian Government Publishing Service, 1976.

LEVY, H. «Fingerprint Ruling Called Long Overdue», *Toronto Star*, 2 septembre 1982, p. A17.

LOWRY, W. T. et J. C. GARRIOTT *Forensic Toxicology: Controlled Substances and Dangerous Drugs*, New York, Plenum, 1979.

LOWTHER, D. K. «Should Statements Made During Drug Interview Be Admissible Into Evidence in Criminal Cases?» (1975), 7 *U.W.L.A. L. Rev.* 222.

LUCAS, D. M. «The Breathalyzer — How It Works», dans R. M. McLeod, J. D. Takach et M. D. Segal, *Breathalyzer Law in Canada*, 2e éd., Toronto, Carswell, 1982.

LUCAS, D. M. et S. E. BROWN «The Examination of Human Hairs: Comments on the Hair Evidence in *Reg.* v. *Roberts*», mars 1978 *Crown's Newsletter* 9.

LUNTZ, L. L. et P. LUNTZ *Handbook for Dental Identification: Techniques in Forensic Dentistry*, Toronto, Lippincott, 1973.

LYKKEN, D. T. *A Tremor in the Blood: Uses and Abuses of the Lie Detector*, New York, McGraw-Hill, 1981.

MACDONALD, J. M. «Truth Serum» (1955-56), 46 *J. Crim. L., Crim. and Pol. Sci.* 259.

«The Use of Drugs in the Examination of Suspected Criminals» (1956), 3 *J. Forensic Medicine* 2.

MANNING, M. et A. W. MEWETT «Psychiatric Evidence» (1975-76), 18 *Crim. L.Q.* 326.

MENZEL, E. R. «The Development of Fingerprints», dans E. J. Imwinkelried (éd.) *Scientific and Expert Evidence*, 2e éd., New York, Practising Law Institute, 1981.

MERRITT, M. W. «Significant Medical Intrusions Under the Military Rules of Evidence» (1981), 67 *Va. L. Rev.* 1069.

MEWETT, A. W. «Note on Psychiatric Remands over Defence Objection» (1975-76), 18 *Crim. L.Q.* 27.

MOENSSENS, A. A. et F. E. INBAU *Scientific Evidence in Criminal Cases*, 2e éd., Mineola, N.Y., Foundation Press, 1978.

MUEHLBERGER, C. W. «Interrogation Under Drug Influence: The So-called Truth Serum Technique» (1951-52), 42 *J. Crim. L., Crim. and Pol. Sci.* 513.

McALEXANDER, T. V. «The Meaning of Handwriting Opinions» (1977), 5 *Pol. Sci. and Admin.* 43.

McGRAW, R. B. et J. F. OLIVEN «Miscellaneous Therapies», dans S. Arieti (éd.) *American Handbook of Psychiatry*, vol. 2, New York, Basic Books, 1959.

McKNIGHT, C. K. «The Polygraph (Lie Detector)» (1973), 21 C.R.N.S. 172.

McLEOD, R. M., J. D. TAKACH et D. M. SEGAL *Breathalyzer Law in Canada*, 2e éd., Toronto, Carswell, 1982.

McWILLIAMS, P. K. *Canadian Criminal Evidence*, Toronto, Canada Law Book, 1974.

PEAT, M. A. et L. KOPJAK «The Screening and Quantitation of Diazepam, Flurazepam, Chlordiazepoxide, and Their Metabolites in Blood and Plasma by Electron-Capture Gas Chromatography and High Pressure Liquid Chromatography» (1979), 24 *J. For. Sci.* 46.

PERMISOHN, R. C., L. R. HILPERT et L. KAZYAK «Determination of Methaqualone in Urine by Metabolite Detection Via Gas Chromatography» (1976), 21 *J. For. Sci.* 98.

PHILIPS, Sir C. *Report of the Royal Commission on Criminal Procedure*, Cmnd. 8092, Londres, HMSO, 1981.

Royal Commission on Criminal Procedure: The Investigation and Prosecution of Criminal Offences in England and Wales: The Law and Procedure, Cmnd. 8092-1, Londres, HMSO, 1981.

«Police Warned of Civil Suits», *Globe and Mail*, 20 novembre 1981, p. 10.

RABINOWITCH, I. M. «Medicolegal Aspects of Chemical Tests of Alcoholic Intoxication» (1948), 26 *Can. Bar Rev.* 1437.

RATUSHNY, E. *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, Toronto, Carswell, 1979.

REDLICH, F. C., L. J. RAVITZ et G. H. DESSION «Narcoanalysis and Truth» (1951), 107 *Am. J. Psychiat.* 586.

RENTOUL, E. et H. SMITH *Glaister's Medical Jurisprudence and Toxicology*, 13e éd., Londres, Churchill Livingstone, 1973.

RICHARDSON, J. R. *Scientific Evidence for Police Officers*, Cincinnati, W. H. Anderson, 1963.

ROCKERBIE, R. A. *Blood Alcohol in Hospitalized Traffic Crash Victims*, Victoria, (C.-B.), Ministry of the Attorney General, 1979.

RYAN, H. R. S. «Use of Chemical Tests to Prove Impairment by Alcohol» (1959-60), 2 *Crim. L.Q.* 41.

SAFERSTEIN, R., J. J. MANURA et P. K. DE «Drug Detection in Urine by Chemical Ionization Mass Spectrometry» (1978), 23 *J. For. Sci.* 29.

SALHANY, R. E. *Canadian Criminal Procedure*, 3e éd., Toronto, Canada Law Book, 1978.

SAVAGE, C. C. «Blood Tests in Intoxication Cases» (1950), 96 C.C.C. 241.

SCHIFFER, M. E. *Mental Disorder and The Criminal Trial Process*, Toronto, Butterworths, 1978.

Psychiatry Behind Bars: A Legal Perspective, Toronto, Butterworths, 1982.

SPECIAL COMMITTEE OF THE BRITISH MEDICAL ASSOCIATION *Report: The Medico-Legal Investigation of the Drinking Driver*, Londres, British Medical Association, 1965.

SPECTOR, R. S. et T. E. FOSTER «Admissibility of Hypnotic Statements: Is the Law of Evidence Susceptible?» (1977), 38 *Ohio St. L.J.* 567.

SPERBER, N. D. «Forensic Odontology», dans E. J. Imwinkelried (éd.) *Scientific and Expert Evidence*, 2e éd., New York, Practising Law Institute, 1981.

SPRAGUE, K. et A. POKLIS «Determination of Barbiturates in Postmortem Blood by High Pressure Liquid Chromatography: A Comparison With a Differential Ultraviolet Spectrophotometric Method» (1980), 13 *Can. Soc. Forens. Sci. J.* 31.

STEVENSON, I. «The Psychiatric Interview», dans S. Arieti (éd.) *American Handbook of Psychiatry*, 2e éd., vol. 1, New York, Basic Books, 1974.

STEVENSON, I. et W. M. SHEPPE Jr. «The Psychiatric Examination», dans S. Arieti (éd.) *American Handbook of Psychiatry*, 2e éd., vol. 1, New York, Basic Books, 1974.

STRAUSS, M. «Lawyer Challenges Fingerprinting System», *Globe and Mail*, 25 novembre 1981.

SULLIVAN, H. S. *The Psychiatric Interview*, New York, W. W. Norton, 1970.

SULNER, H. F. *Disputed Documents: New Methods for Examining Questioned Documents*, New York, Oceana, 1966.

«The Psychologist as Expert Witness: Science in the Courtroom?» (1979), 38 *Maryland L. Rev.* 539.

THOMAS, K. «Voiceprint — Myth or Miracle», dans E. J. Imwinkelried (éd.) *Scientific and Expert Evidence*, 2e éd., New York, Practising Law Institute, 1981.

TOSI, O. «Voice Identification», dans E. J. Imwinkelried (éd.) *Scientific and Expert Evidence*, 2e éd., New York, Practising Law Institute, 1981.

Voice Identification: Theory and Legal Applications, Baltimore, University Park Press, 1979.

WALLS, H. J. et A. R. BROWNLIE *Drink, Drugs and Driving*, Londres, Sweet and Maxwell, 1970.

WATTS, L. P. «Some Observations on Police Administered Tests for Intoxication» (1966), 45 *North Caroline L. Rev.* 34.

WEBSTER, C. D., R. J. MENZIES et M. A. JACKSON *Clinical Assessment Before Trial: Legal Issues and Mental Disorder*, Toronto, Butterworths, 1982.

WELLS, J., G. CIMBURA et E. KOVES «The Screening of Blood by Gas Chromatography for Basic and Neutral Drugs» (1975), 20 *J. For. Sci.* 382.

WILEY, J. F. «A Short Survey of Reported Cases on Fingerprint Evidence», janvier 1974 *Crown's Newsletter 1*.

WILLIAMS, G. «Identification Parades — I», [1963] *Crim. L.R.* 479.

WOLBERG, L. R. «Hypnotherapy», dans S. Arieti (éd.) *American Handbook of Psychiatry*, vol. 2, New York, Basic Books, 1959.

WRAXALL, B. «Forensic Serology», dans E. J. Imwinkelried (éd.) *Scientific and Expert Evidence*, 2e éd., New York, Practising Law Institute, 1981.

YARMEY, A. D. *The Psychology of Eyewitness Testimony*, New York, Free Press, 1979.

ZISKIN, J. *Coping With Psychiatric and Psychological Testimony*, 3e éd., vol. 1, Venice, Calif., Law and Psychology Press, 1981.

ZUMWALT, R. E. et C. S. PETTY «Community Investigation of Rape and Sexual Assault», dans W. J. Curran, A. L. McGarry et C. S. Petty (éds) *Modern Legal Medicine, Psychiatry and Forensic Science*, Philadelphie, F. A. Davis, 1980.